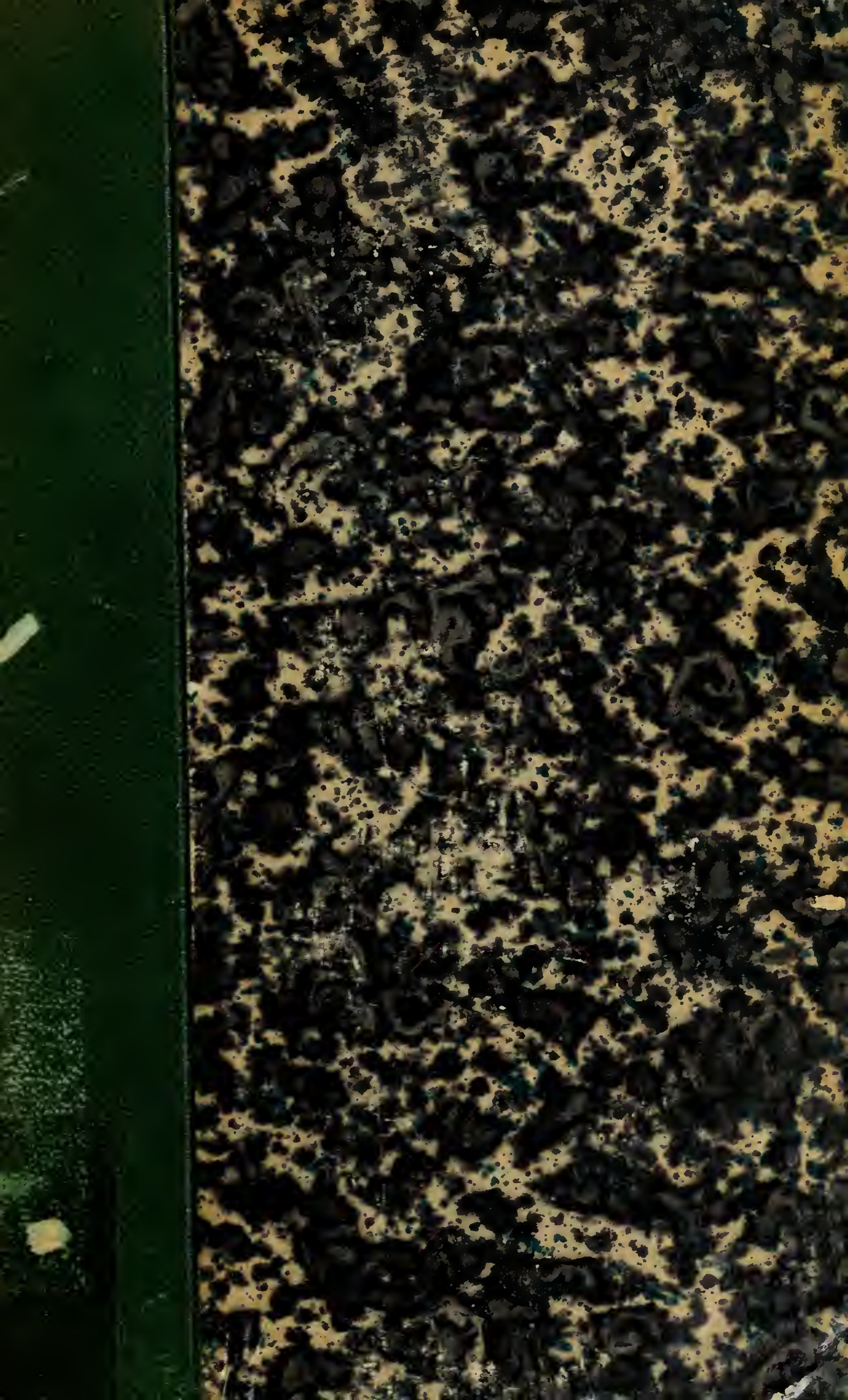
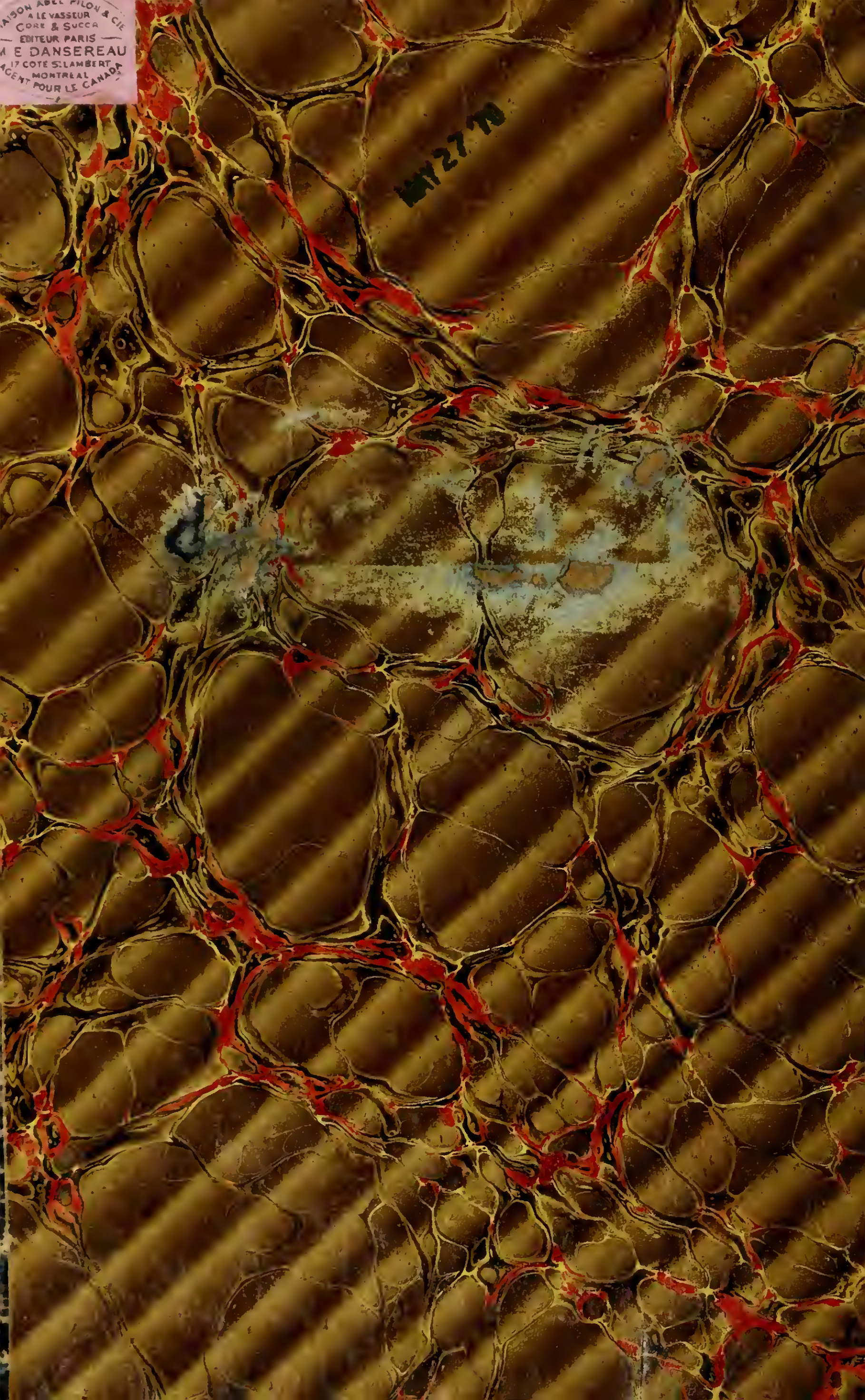
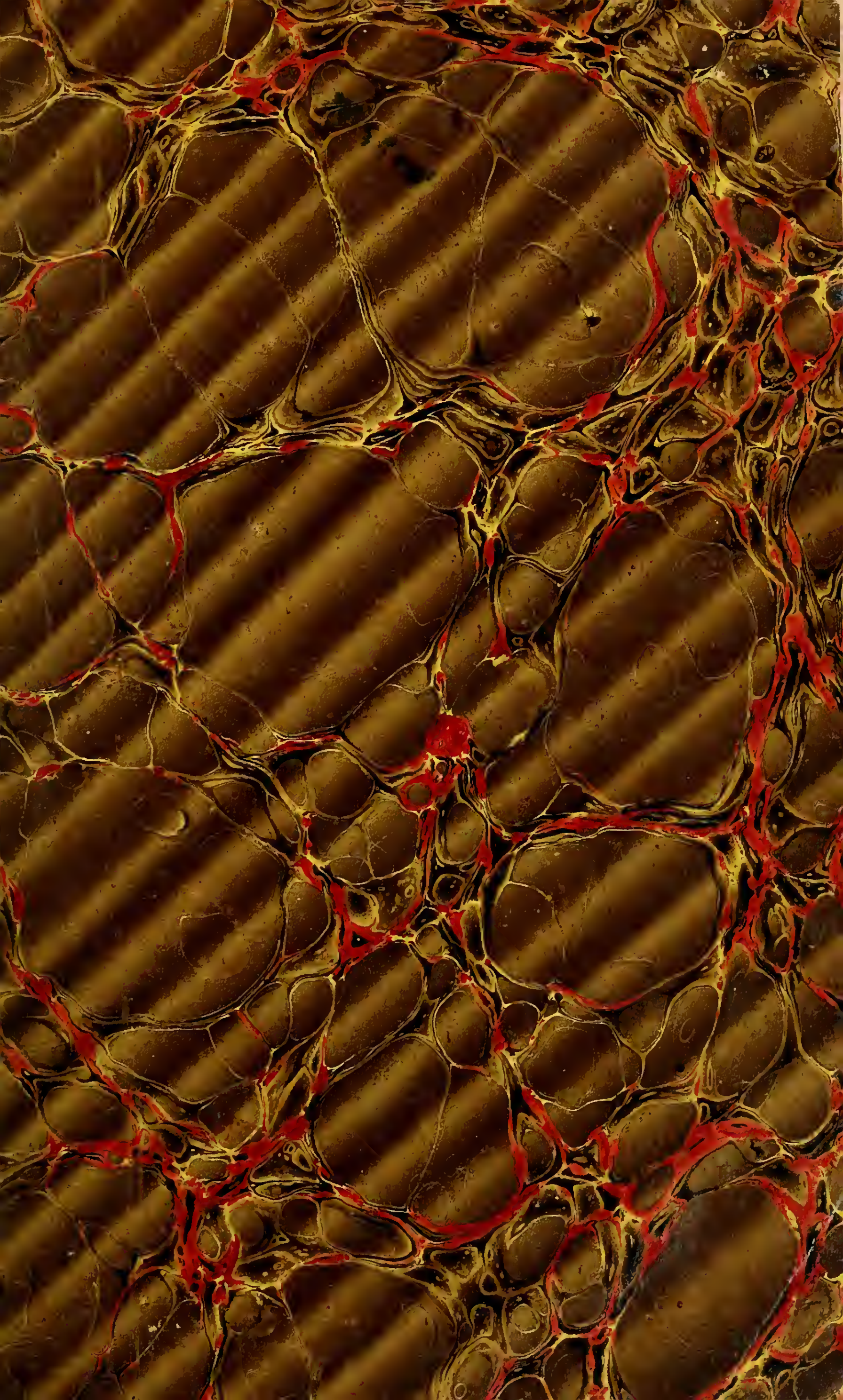



AISON ABEL PILON & CIE
A LE VASSEUR
CORE & SUCCR
EDITEUR PARIS
M E DANSEREAU
17 COTE S.T LAMBERT
MONTREAL
AGENT POUR LE CANADA



MAY 27 '70

30471



COURS ANALYTIQUE

DE

CODE CIVIL.



PARIS. — IMPRIMÉ PAR PLON FRÈRES, 36, RUE DE VAUGIRARD.

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE CIVIL

PAR

A. M. DEMANTE,

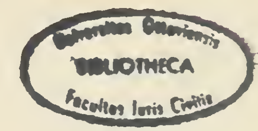
AVOCAT A LA COUR D'APPEL, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE.

TOME PREMIER.

ART. 1 — 228.

PARIS,
GUSTAVE THOREL, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
SUCCESSEUR D'ALEX-GOBELET,
PLACE DU PANTHÉON, 4, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

1849



KJV
450
.D436
1849
v.1



PRÉFACE.

L'ouvrage que j'offre aujourd'hui au public n'est point neuf. C'est la quatrième édition du Programme de mon Cours, publié pour la première fois en 1830, et qui a reçu un accueil favorable. Cette édition est revue et corrigée; car, n'ayant pas cessé de travailler, j'ai dû me corriger; et, s'il m'est donné d'ajouter encore quelques années aux vingt-huit années de mon exercice, j'espère bien me corriger encore. Les bases, du reste, sont toujours les mêmes. J'ai seulement substitué au simple énoncé des questions que je traite dans mon cours oral des solutions brièvement motivées. J'y ai joint quelques citations, lorsque j'ai senti le besoin de m'appuyer sur de graves autorités. Je n'ai pas négligé non plus de citer les contradicteurs dans les points qui m'ont paru les plus controversables. Mais mon plan me commandait d'éviter les discussions de détail; il m'a paru suffisant de saisir et faire apparaître les principales objections en y répondant par un mot, dont le sens et la portée n'échapperont pas au lecteur intelligent.

Pour l'étudiant, auquel le livre est toujours principalement destiné, ce mot, j'en conviens, ne suffira pas; il risquera même quelquefois de rester inaperçu à une première lecture; mais souvent, du moins, il éveillera son attention et lui fera désirer des explications. Qu'il vienne les chercher dans la leçon orale, et qu'il retourne ensuite au livre; si j'ai atteint mon but, il y retrouvera la leçon tout entière.

Je n'en dis pas plus sur le plan de l'ouvrage : le lecteur verra et jugera. Si la critique me révèle, comme je n'en doute pas, des imperfections qui m'auront échappé, si elle m'indique quelques améliorations à introduire, je tâcherai d'en faire mon profit dans la publication des volumes suivants. Quant à l'époque plus ou moins rapprochée de cette publication, mon vif désir est qu'elle ne se fasse pas longtemps attendre; car l'âge commence à m'avertir que le moment est venu pour moi d'achever mon inventaire et de terminer ainsi la carrière déjà longue de mon enseignement. Mais, pour cela même, j'ai besoin encore de quelques années d'un travail consciencieux et assidu. Ce travail, une impérieuse nécessité m'oblige en ce moment à le suspendre, pour me dévouer tout entier à l'accomplissement de la haute mission dont je suis honoré par la confiance de mes concitoyens. Mais, ce grand devoir une fois rempli, je profiterai des premiers loisirs que me laissera la vie publique pour rentrer dans le silence du cabinet et me livrer de nouveau à mon étude de prédilection. Heureux si je puis en offrir le fruit à

ceux de mes nombreux élèves qui, dans un intervalle de près de trente ans, ont gardé de moi bon souvenir !

N. B. L'ouvrage doit former sept volumes. Le premier devait, dans mon plan, comprendre un titre de plus, celui de la *Séparation de corps.* La proposition d'un projet de loi, tendant au rétablissement du divorce, m'a arrêté court et m'oblige à renvoyer ce titre au volume suivant.

L'impression de ce volume, commencée sous la monarchie, s'est terminée sous la république. Cela explique la diversité des dénominations employées dans les premières et dans les dernières feuilles, particulièrement en ce qui concerne les magistrats chargés du ministère public : ils se trouvent successivement désignés sous le nom de *procureurs du roi*, de *commissaires du gouvernement*, et enfin de *procureurs de la république.*

SOMMAIRES.

INTRODUCTION.

TITRE UNIQUE.

DU DROIT EN GÉNÉRAL ET DU DROIT FRANÇAIS EN PARTICULIER.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT EN GÉNÉRAL.

§ 2.

De la manière d'interpréter les lois.

CHAPITRE II.

DU DROIT FRANÇAIS.

SECTION I.

Législation ancienne.

Section II.

Législation actuelle.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SECTION I.

De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.

SECTION II.

De la privation des droits civils par suite des condamnations judiciaires.

§ 1.

De la mort civile.

TITRE DEUXIÈME.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE.

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE DÉCÈS.

CHAPITRE V.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE FRANÇAIS.

CHAPITRE VI.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

TITRE TROISIÈME.

DU DOMICILE.

TITRE QUATRIÈME.

DES ABSENTS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

CHAPITRE II.

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE.

SECTION I.

Des effets de l'absence (déclarée) quant aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition.

§ 1.

Envoi en possession provisoire et administration légale.

ARTICLE 1.

Droits et devoirs des envoyés en possession provisoire.

§ 2.

Envoi en possession définitif.

§ 3.

Comment cessent les effets de la déclaration d'absence.

SECTION III.

Des effets de l'absence relativement au mariage.

CHAPITRE IV.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

APPENDICE.

Des militaires absents.

TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

CHAPITRE III.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

CHAPITRE VIII.

DES SECONDS MARIAGES.

COURS
ANALYTIQUE
DE CODE CIVIL.

INTRODUCTION.

TITRE UNIQUE.

DU DROIT EN GÉNÉRAL ET DU DROIT FRANÇAIS EN PARTICULIER.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT EN GÉNÉRAL.

1. L'idée de *droit* est essentiellement liée à celle de loi.

La loi, au point de vue moral, sous lequel nous avons exclusivement à l'envisager, est une règle établie par une volonté supérieure pour diriger les actions humaines.

La conformité à la loi peut s'exprimer par l'adjectif *droit*, qui devient alors synonyme de juste.

La recherche de ce qui est droit, c'est-à-dire de ce qui est juste, devient un objet d'étude, une science, qui prend elle-même le nom de *droit*, et que l'on peut définir : l'art de connaître et d'appliquer la loi, ou, plus brièvement, l'art de distinguer le juste de l'injuste.

2. Le mot *droit* se prend aussi dans d'autres acceptions : tantôt pour les lois elles-mêmes envisagées dans leur ensemble, ou plutôt pour le résultat général de leurs dispositions ; tantôt pour les facultés ou prérogatives qui nous sont garan-

ties par les lois. Dans ce dernier sens, le mot *droit* est corrélatif au mot *devoir*.

3. Le droit, considéré comme science, se confond avec la jurisprudence. Ainsi l'on dirait indifféremment étudier, enseigner le *droit* ou la *jurisprudence*; mais le mot *jurisprudence* est lui-même susceptible de plusieurs sens. Chez les Romains, on entendait par *jurisprudentia* la connaissance acquise du droit (1). Nous prenons rarement chez nous la jurisprudence dans cette acception; nous l'envisageons plutôt comme objet d'étude que comme fruit de l'étude. Mais nous comprenons souvent la jurisprudence dans un sens particulier, soit pour l'habitude pratique d'appliquer la loi de telle ou telle manière, comme quand on dit la *jurisprudence des cours ou tribunaux;* soit pour le résultat même de cette habitude, c'est-à-dire pour l'ensemble des décisions contenues dans les auteurs ou rendues par les tribunaux. La jurisprudence alors n'est autre chose que l'œuvre des *prudens* ou *jurisprudens*. Elle est une partie ou du moins un auxiliaire du droit.

Il était nécessaire de se bien fixer d'abord sur le sens des mots, afin d'éviter la confusion; mais, pour compléter les notions préliminaires qui doivent précéder l'étude du droit, il est utile de rechercher plus à fond la nature des lois et leurs diverses espèces. Nous les envisagerons ensuite dans leurs effets, et nous poserons quelques règles sur la manière dont les lois doivent être interprétées.

SECTION I.

De la nature et des diverses espèces de lois.

4. Nous avons dit que la loi est la règle des actions humaines; mais, pour prescrire des règles aux actions d'un être libre et doué de raison, on sent assez qu'il faut avoir sur lui une supériorité qui, dans le principe, n'a pu appartenir qu'à Dieu. C'est de Dieu, en effet, qu'émanent les premières lois,

(1) *Ulp.*, *L.* 10, ff. *de just. et jur.; Just.* Inst., § 1, *eod.*

et, sans parler de celles qu'il nous a manifestées par une révélation extraordinaire, et qui nous sont enseignées par la religion, il en est d'autres qu'il a invariablement attachées à notre nature, et qu'il a rendues tellement inséparables de la raison, qu'elles ont été connues et observées par les païens mêmes. C'est dans nos cœurs que nous trouvons le sentiment de l'existence et de la toute-puissance de Dieu, d'où naît l'obligation de lui rendre un culte et celle de conformer nos désirs particuliers à ses volontés. C'est là que nous trouvons cet amour raisonnable et éclairé de nous-mêmes qui nous fait tendre à notre conservation, à notre bien-être, mais qui, loin de nous porter jamais à faire tort à autrui, reconnaît au contraire pour première loi la justice, qui consiste dans la volonté ferme et perpétuelle d'attribuer et de rendre à chacun ce qui lui appartient (1).

L'amour de nous-mêmes et de nos semblables nous inspire, suivant la destination de la Providence, le besoin de vivre en société. Ce besoin nous porte vers le mariage, la plus ancienne et la plus sainte de toutes les sociétés. De là les rapports de paternité et de filiation, les liens de parenté et d'alliance, l'union des membres de chaque famille pour s'aider et se protéger mutuellement, et bientôt après, l'union des familles entre elles, qui constitue les différentes cités entre lesquelles le genre humain se trouve partagé.

3. Chaque cité a ses lois particulières, mais toutes, indépendamment des règles de justice éternelle que nous avons déjà indiquées, et qui dirigent l'homme dans quelque état qu'il se trouve, toutes, disons-nous, ont adopté d'un accord commun, quoique tacite, d'autres règles, qui ne sont au surplus que des conséquences plus ou moins éloignées des premières, et à l'observation desquelles est attachée l'existence de toute société.

Ces lois ont pour objet de régler la protection due au faible par le fort; d'où naissent les tutelles, les curatelles. Elles

(1) *Just.*, Inst., pp., ff. *de just. et jur.*

constituent la propriété, dont elles font un droit stable et indépendant du fait de la possession; elles règlent ses effets, ses modifications, les principales manières de l'acquérir et de la transmettre. La distinction des propriétés amène à sa suite les donations, les échanges, les ventes, et, en général, les contrats qui sont en usage chez tous les peuples.

Au-dessus de toutes ces lois domine celle à laquelle est attachée l'observation des autres, celle qui soumet chaque cité à l'autorité d'un ou plusieurs supérieurs(1). Cette autorité, sans laquelle les lois, même les plus essentielles pour le maintien des sociétés, manqueraient de sanction dans cette vie, n'est pas moins nécessaire pour notifier, par une promulgation spéciale, aux peuples qui lui sont soumis, un grand nombre de ces lois. Car, bien que susceptibles d'être aperçues par les lumières de la droite raison, elles pourraient être méconnues par chacun en particulier. Enfin, c'est cette autorité qui seule peut faire aux usages, aux besoins et au caractère des peuples placés sous son empire, l'application des règles de justice universelle, en les restreignant même ou les étendant, suivant les cas, dans le grand but de l'utilité générale des citoyens. De là une nouvelle classe de lois, qui dans chaque cité tire son origine de la volonté du supérieur légitime.

6. D'après ces considérations générales sur l'origine des lois, nous les diviserons en *naturelles* et *positives*. Les lois naturelles proprement dites sont celles que Dieu a gravées au fond de nos cœurs. Quant à celles que les besoins des hommes réunis en société ont fait universellement adopter, si elles n'émanent pas directement du Créateur, du moins est-il vrai que l'accord unanime des nations pour les observer est la

(1) C'est la puissance publique qui se constitue de deux pouvoirs distincts : 1° celui de faire les lois; 2° celui de les faire exécuter. Ce dernier pouvoir en contient lui-même deux : celui d'administrer et celui de juger. Ces deux attributions du pouvoir exécutif devant, dans toute société bien organisée, être entièrement séparées dans leur exercice, on s'est habitué, dans la doctrine, à considérer le pouvoir judiciaire comme un troisième pouvoir également distinct du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Mais notre point de vue paraît plus exact (V. M. Macarel, *Cours de droit administratif*, 1re leçon, tom. 1, p. 9).

meilleure preuve de leur invariable convenance à la nature raisonnable et sociable de l'homme ; nous croyons donc devoir aussi les comprendre dans le droit naturel ; et nous ne faisons consister le *droit positif*, c'est-à-dire le droit établi par les hommes, que dans les lois particulières à chaque peuple.

7. Les lois naturelles sont désignées par quelques auteurs sous le nom de lois *immuables* (1). On conçoit en effet qu'elles ne peuvent varier, parce que la nature de l'homme ne change point. Quant aux lois *positives*, comme elles dépendent uniquement de la volonté du législateur humain, les mêmes auteurs les appellent *arbitraires*. Ce mot, on le sent bien, ne doit pas être pris en mauvaise part ; car, dans une société bien organisée, la volonté du législateur est toujours déterminée par les besoins et l'utilité du peuple qu'elle doit régir.

8. Un usage constant est peut-être ce qui manifeste le mieux les vœux et les besoins du peuple. Les coutumes doivent donc être prises pour base d'une bonne législation. Bien plus, ces coutumes, ne pouvant s'établir ni surtout s'invétérer sans le consentement du législateur, doivent elles-mêmes, après un long espace de temps, être considérées comme des lois. (V. *Jul.*, L. 32, § 1, ff. *de legib.; Ulp.*, L. 33, *eod.; Just.*, Inst., § 9, *de jur. nat. gent. et civ.*)

De là la division du droit en droit *écrit* et droit non *écrit*.

Le droit écrit est celui qui a un auteur certain et qui a été promulgué.

Le droit non écrit, ou la coutume, est celui qui est établi par l'usage des peuples et le consentement tacite du législateur.

9. Jusqu'à présent nous avons considéré les lois sous le rapport de leur origine et de leur établissement ; elles se distinguent encore par leur objet ; et, sous ce point de vue, le droit peut se diviser en trois branches principales.

La première comprend les lois qui règlent les rapports de particulier à particulier ; c'est l'ensemble de ces lois que les

(1) Voy. notamment *Domat*, Traité des lois, ch. XI.

Romains appelaient *droit privé* (1), et que nous désignons plus ordinairement sous le nom de *droit civil.*

Les lois qui règlent les rapports du gouvernement avec les gouvernés, *puta*, celles qui sont relatives à la division des pouvoirs, à la forme de l'administration, à la police, et à la sûreté des citoyens, constituent la seconde branche, que l'on appelle *droit public* ou *droit politique.*

Enfin la troisième branche, que nous nommons *droit des gens*, se compose des lois qui règlent les rapports de nation à nation. C'est dans cette classe qu'il faut ranger les traités, les droits de la guerre et de la paix, etc.

10. Les diverses branches du droit peuvent elles-mêmes se subdiviser en plusieurs parties ; et, pour borner cette observation au droit civil, on conçoit qu'à le considérer comme l'ensemble des règles que les particuliers ont à suivre les uns envers les autres, il embrasse également les lois constitutives du droit de chacun, et celles qui en règlent le mode et l'exercice. Ces dernières forment cependant une classe à part, sous le nom de *lois de la procédure.*

Pareillement les lois qui déterminent plus spécialement les rapports des commerçants envisagés comme tels, soit entre eux, soit à l'égard des non commerçants, sont désignées sous le nom particulier de *droit commercial.*

11. C'est le droit civil proprement dit qui fait l'objet de ce Cours. Toutes les lois qui le composent tendent à déterminer les droits des personnes privées les unes envers les autres. Ces droits sont le plus souvent relatifs aux choses, qui, considérées sous ce point de vue, prennent le nom de *biens*. C'est ce qu'on exprime en disant que le droit a deux objets : les personnes, en faveur desquelles existent les droits ; et les choses ou biens, qui en sont le sujet ou la matière.

Les droits des personnes diffèrent eu égard aux diverses qualités qui constituent leur état. Les lois qui règlent l'état des personnes et la capacité qui en est la suite sont dites *per-*

(1) V. *Just.*, Inst., *de justit. et jur.*

sonnelles; telles sont les lois sur le mariage, la paternité, la filiation, la minorité. On appelle *réelles* les lois qui s'occupent immédiatement des choses, abstraction faite des personnes qui les possèdent; par exemple, celles qui règlent la distinction des biens, le mode de leur transmission, les charges qui peuvent les grever, telles qu'usufruit, hypothèque.

SECTION II.

Des effets des lois et de la manière de les interpréter.

§ 1.

Des effets des lois.

12. La nature des lois nous indique leurs effets. Règles de nos actions, elles obligent à faire ce qu'elles commandent, à s'abstenir de ce qu'elles prohibent; elles autorisent à faire ce qu'elles permettent; enfin elles punissent ou récompensent ceux qui observent ou violent leurs dispositions (V. *Modest.*, L. 7, ff. *de legib.*).

13. Mais ces effets communs à toutes les lois s'appliquent différemment suivant que celles qui les produisent sont naturelles ou positives. Ainsi les règles de droit naturel, qui ont Dieu pour auteur, ont bien toujours et nécessairement Dieu pour vengeur de leur inexécution; mais il est plusieurs de ces lois dont la violation n'expose en cette vie à d'autres peines qu'aux remords de la conscience : telles sont toutes les règles de conduite intérieure contenues dans la morale; telles sont même quelques règles de conduite extérieure, dont les législateurs humains peuvent tolérer l'infraction, pour éviter de plus graves inconvénients. C'est sur cette observation qu'est fondée la distinction faite par tous les auteurs entre le *juste* et *l'équitable.*

14. Il ne faut pourtant pas conclure de là que toutes les lois naturelles qui n'ont pas été expressément consacrées par le législateur de chaque peuple soient par là même rejetées de l'ordre civil. Il en est beaucoup au contraire qui sont telle-

ment essentielles aux rapports que la nature ou l'état social a établis entre les hommes, qu'elles doivent être considérées comme maintenues toutes les fois qu'elles ne sont pas écartées par la lettre ou par l'esprit particulier de la loi positive. Dans ce nombre évidemment il faudrait ranger celles qui tiennent au respect dû à la personne ou à la propriété d'autrui, à la liberté des conventions, à la foi des engagements.

Mais, parce que le discernement du degré de force qu'on doit attribuer aux préceptes du droit naturel n'est pas à la portée de tous les esprits, il est toujours sage au législateur de rappeler par une disposition expresse ceux qu'il entend faire observer, et de fixer la peine attachée à leur infraction. De là vient qu'on trouve dans tous les codes et dans le nôtre en particulier un si grand nombre de ces préceptes (1).

14 *bis*. I. Le droit naturel sert invariablement de règle à la conscience. Le droit positif a pour principal objet de régler dans l'ordre civil les actes extérieurs; ses préceptes, du reste, sont pour la plupart empruntés au droit naturel. Bien plus, on doit souvent sous-entendre dans la loi positive les préceptes de droit naturel quand il n'apparaît pas de l'intention contraire du législateur. Sous ce rapport, on peut donc dire que le droit naturel sert aussi de règle dans le for extérieur.

D'autre part, le droit positif exerce en général son empire même dans le for intérieur, en vertu du principe de droit naturel qui prescrit la soumission aux lois.

14 *bis*. II. L'empire du droit naturel dans le for extérieur étant, comme on l'a vu, subordonné à la volonté expresse ou tacite du législateur, on a besoin d'une règle pour distinguer, parmi les préceptes de droit naturel non écrits dans la loi, ceux dont l'observation est tacitement prescrite par elle. Voici à cet égard la distinction que je proposerais : en ce qui concerne les préceptes de morale qui déterminent nos devoirs envers Dieu et envers nous-mêmes, la loi positive doit toujours tendre sans doute à en favoriser l'observation ; mais, si elle ne s'en explique pas, elle est censée en tolérer l'infraction. Au contraire, à l'égard des devoirs envers nos semblables, à moins que ce ne fût un

(1) Voyez entre autres, C. civ., art. 371, 1382.

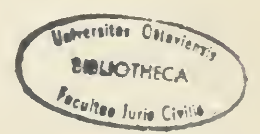
par devoir de charité, la loi positive doit être réputée leur prêter sa sanction si l'intention contraire n'est pas clairement manifestée.

14 *bis.* III. Quant à l'empire de la loi positive sur la conscience, il ne peut exister qu'à une condition : c'est que cette loi n'ordonne pas ce qui est défendu par le droit naturel, et qu'elle ne défende pas ce que le droit naturel commande. Hors de ces limites, la loi positive deviendrait injuste et tyrannique; et la conscience, loin d'en commander l'observation, ne permettrait pas même de s'y soumettre.

15. Il est évident au surplus que l'insertion dans la loi positive des préceptes du droit naturel ne leur fait pas perdre leur caractère primitif. Cette observation est importante pour régler l'application qu'on peut faire des lois d'un pays aux citoyens d'un autre État. Car, les lois naturelles étant communes à toute l'espèce humaine, il suffit d'être homme pour en subir et en réclamer partout l'exécution. Quant aux lois arbitraires, des distinctions sont nécessaires : il semble bien, au premier coup d'œil, qu'elles ne doivent s'appliquer qu'aux membres de la société pour laquelle elles ont été faites ; mais un peu de réflexion suffit pour faire apercevoir les modifications dont ce principe est susceptible.

16. Ainsi, une branche importante du droit public de chaque peuple ayant pour objet de faire régner l'ordre sur son territoire, la soumission aux lois qui procurent ce grand bienfait doit être pour tous la condition du séjour ou de l'accès dans le pays. Cette condition peut certainement être imposée même aux étrangers, puisque autrement l'accès du territoire pourrait leur être refusé. Elle l'est d'autant plus justement qu'eux-mêmes profitent, pendant leur séjour, de l'ordre établi. C'est donc une règle constante que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui *habitent le territoire* (v. C. civ., art. 3, al. 1), disons mieux, tous ceux qui se trouvent sur le territoire, ne fût-ce que passagèrement.

17. Pareillement, dans le droit civil, les lois qui s'occupent des choses en elles-mêmes, et que nous avons appelées *lois réelles*, doivent régir les biens situés dans le pays pour lequel



elles sont faites, et s'appliquer à leurs possesseurs même étrangers; tandis que, par le même principe, les lois personnelles suivent le membre de la cité et le régissent en quelque lieu qu'il se trouve (V. C. civ., art. 3, al. 2 et 3).

N'omettons pas toutefois une remarque importante : quoique la division en réelles et personnelles embrasse toutes les lois du droit civil, il en est cependant parmi elles dont l'application à faire dans chaque pays est indépendante du principe ci-dessus. Ainsi les lois qui, en autorisant ou prescrivant certains actes, en déterminent la forme et les conditions, sont, à la vérité, personnelles ou réelles suivant que l'acte est relatif à l'état des personnes ou à la propriété des biens; mais, lorsque la validité ou la preuve d'un acte est subordonnée, par le statut réel ou personnel, à l'accomplissement d'une forme extérieure, qui consiste ordinairement dans l'intervention d'un officier public et dans l'emploi de certaines solennités, force est bien en général de recourir aux officiers publics du pays où l'on se trouve; et ceux-ci ne peuvent opérer que conformément à la loi qui leur confère leurs pouvoirs. Dès lors l'acte ainsi passé doit être considéré partout comme parfait et régulier. C'est ce qu'on exprime par cette maxime universellement reçue, *locus regit actum* (V. C. civ., art. 47, 170, 999).

18. Si les lois naturelles sont de tous les lieux, elles sont aussi de tous les temps, et de là naît une autre différence dans leurs effets comparés à ceux du droit positif. Celui-ci, ne tirant son existence que de la volonté du législateur qui le produit, n'a pu servir de règle aux actions de l'homme qui ont précédé son établissement. Il serait donc injuste de lui donner un effet rétroactif (V. C. civ., art. 2).

Mais la promulgation spéciale d'une règle de droit naturel n'est pas ce qui lui donne l'existence. Aussi ne doit-on pas craindre de faire l'application de cette règle aux cas antérieurs à sa promulgation qui se trouveraient encore indécis.

La même remarque s'étend, par la même raison, aux lois



positives lorsqu'elles n'ont point pour objet d'établir un droit nouveau, mais seulement de fixer le sens d'une loi antérieure. Ainsi, sous certains rapports, les lois interprétatives sont susceptibles d'effet rétroactif.

Enfin, quoique l'équité réclame en général contre la rétroactivité des lois, on ne peut pourtant nier absolument au législateur le pouvoir d'attribuer cet effet aux règles qu'il établit. Seulement, sa volonté à cet égard ne se suppose pas; mais elle devrait être suivie si elle était formelle.

19. L'équité ne subordonne pas seulement au fait de leur existence les effets des lois positives; ces effets devraient dépendre encore pour chacun en particulier de la connaissance qu'il en aurait eue; car elles ne peuvent, comme les lois naturelles, être aperçues par les lumières de la raison. Toutefois la promulgation tendant à les notifier à tous, et chacun pouvant d'ailleurs se les faire expliquer et interpréter, on en conclut en général que *nul n'est censé ignorer la loi.*

20. Toujours par suite du principe que les lois *arbitraires* ne tirent leur force que de la volonté essentiellement variable du législateur humain, ces lois ont encore cela de particulier qu'elles peuvent s'abroger les unes par les autres.

L'abrogation d'une loi ancienne par une loi nouvelle peut être expresse ou tacite.

L'abrogation peut même avoir lieu par le seul effet de la coutume; car la coutume, lorsqu'elle réunit les conditions requises, a la même force que la loi (1). Bien plus, une loi peut perdre sa force indépendamment de toute loi ou coutume contraire, lorsque son motif a entièrement cessé (2). Mais ces deux dernières propositions ne doivent être admises qu'avec une extrême réserve.

21. Quelle que soit l'autorité des lois et la soumission qui leur est due, il n'en faut pas conclure qu'on ne puisse jamais

(1) *Just.*, Inst., § 11, *de jur. nat. gent. et civ.; Jul., L.* 32, ff. *de Legib.* Voyez cependant *Constantin, L.* 2, Cod., *Quæ sit long. cons.*
(2) V. *Merlin*, Quest. de droit, *verb.*, trib. d'appel, § 3, page 481.

s'éloigner de leurs dispositions. Il faut bien distinguer les devoirs qu'elles nous imposent et les droits qu'elles nous confèrent : si nul ne peut se soustraire à ses devoirs par sa propre volonté, il est naturel au contraire que chacun puisse renoncer à son droit, pourvu que ce droit se trouve établi uniquement en sa faveur, et pourvu encore que le législateur, par des motifs d'ordre public, n'en ait point prohibé ou restreint l'abandon.

Pareillement les lois qui déterminent l'effet des contrats les plus usuels, n'ayant en général d'autre but que de dispenser les parties d'entrer dans le détail de leurs volontés, ne sauraient prévaloir contre l'intention formellement manifestée de s'en éloigner. Mais on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (V. C. civ., art. 6).

§ II.

De la manière d'interpréter les lois.

22. C'est peu de connaître les effets généraux des lois, si l'on ne sait en faire la juste application aux diverses espèces qui peuvent se présenter. Et, pour bien faire cette application, il faut avant tout saisir le véritable sens. C'est à la logique à diriger notre esprit dans la recherche de la vérité ; mais, indépendamment des secours communs à l'étude de toutes les sciences, qui nous sont fournis par l'art de raisonner, il est, pour l'étude des lois, des secours particuliers, par lesquels on parvient non-seulement à comprendre les textes obscurs ou ambigus, mais même à résoudre les cas que le législateur n'a pas embrassés dans sa prévoyance (1).

23. C'est la volonté du législateur qui constitue la loi, mais cette volonté est toujours déterminée par un principe de justice éternelle ou par un motif d'utilité particulière. De là nous

(1) V. au Digeste, le titre *de legibus*, d'où j'ai extrait presque toutes les règles ci-dessous.

sommes fondés à conclure que la loi obscure ou ambiguë doit toujours s'interpréter dans le sens le plus conforme à l'équité, à l'esprit particulier de la législation dont elle fait partie, et enfin aux principes de la matière à laquelle elle s'applique.

24. L'esprit du législateur est pour nous un guide si sûr, que nous devons souvent le faire prévaloir sur ses termes, en ce sens que nous ne devons pas admettre toutes les conséquences autorisées par la lettre de la loi, ni surtout rejeter toutes celles qui n'en résultent pas clairement et nécessairement.

Mais, quand il existe une disposition formelle, quoique le motif ne nous apparaisse pas, il ne faut pas moins s'y soumettre; nous devons supposer que le législateur a eu ses vues, qu'il ne nous appartient pas de contrarier.

25. Quant à la plus ou moins grande extension à donner aux termes du législateur suivant son esprit, on peut bien toujours suppléer dans la loi ce qui est essentiel à son intention, car le simple bon sens suffit pour voir que qui veut la fin veut les moyens. Mais, pour aller plus loin et se permettre de raisonner par analogie, il faut admettre une distinction entre les lois exorbitantes du droit commun et les lois favorables.

Ainsi, une loi qui défend ce qui n'est pas illicite en soi, ou qui permet ce que la morale réprouve, celle, en un mot, qui, par des motifs particuliers, s'éloigne des principes généraux, doit se renfermer strictement pour son application dans les limites tracées par le législateur. Plus généralement enfin, il faut tenir pour règle qu'une exception ne doit pas s'étendre.

Au contraire, quand la loi est favorable, lors, par exemple, qu'elle tend à assurer l'exercice des droits naturels, il est permis d'argumenter des cas prévus aux cas semblables; et c'est alors qu'il y a lieu d'appliquer la maxime *ubi eadem ratio idem jus*. A plus forte raison encore pourra-t-on, si la loi permet, tirer la conséquence du plus au moins, et la tirer du moins au plus, si la loi défend.

26. L'esprit du législateur ne se manifeste pas seulement par le préambule des lois, par les discours de présentation ou par la discussion du projet ; on le retrouve surtout dans l'ensemble des dispositions qui composent la même loi, ou même dans la comparaison d'une loi avec une autre, eu égard à la plus ou moins grande analogie des matières. Cette dernière pratique doit surtout être recommandée par rapport aux lois qui, comme les divers titres de nos Codes, ne forment entre elles qu'un seul corps de législation.

La législation ancienne, principalement lorsqu'elle a précédé immédiatement celle qui est en vigueur, sert aussi à découvrir l'esprit de la nouvelle. Le rapprochement de leurs termes conduit, suivant les cas, à penser, ou que le législateur a voulu se conformer à l'ancien droit, ou qu'il a au contraire voulu s'en écarter.

Les lois, même étrangères, peuvent aider à interpréter les lois particulières à un peuple, puisqu'il y a un grand nombre de vues communes à tous les législateurs. Ceci s'applique surtout au droit romain, que l'on pourrait appeler le droit commun de tous les peuples qui n'ont point un corps de législation complet.

Enfin, il serait superflu de rappeler ici que la coutume sert à interpréter les lois : *optimà legum interpres consuetudo* (*Callistrat.*, *L.* 37, ff. *de legib.*).

27. Quand deux lois paraissent contraires, il faut d'abord s'assurer si le législateur n'a pas eu en vue des cas différents ; il suffit alors, pour les concilier, d'appliquer chacune à l'espèce qu'elle concerne. Il faut voir ensuite si l'une ne fait point exception à l'autre, auquel cas il est évident que la règle générale ne peut prévaloir contre l'exception. Il faut quelquefois suppléer d'après l'une ce qui peut manquer dans l'autre. Enfin, si la contradiction est réelle, il est clair que la loi postérieure est celle qu'il faut suivre, comme ayant abrogé l'ancienne.

28. L'emploi de toutes ces règles, appliquées avec discer-

nement, met le jurisconsulte à même de répondre et le juge à portée de prononcer sur les questions qui leur sont soumises. S'il arrivait pourtant qu'un cas ne fût prévu ni par la lettre ni par l'esprit de la loi, ou si l'obscurité des termes était telle qu'on ne pût saisir le véritable sens, ce serait alors au législateur à remplir la lacune ou à manifester sa volonté par une disposition plus claire. C'est en ce sens que l'on dit : *ejus est interpretari legem cujus est condere.* Mais, comme les droits des parties ne doivent point rester en suspens, en attendant la décision du législateur, la loi française oblige les juges, en ce cas même, à prononcer soit d'après les principes généraux du droit, soit d'après l'équité naturelle (V. C. civ., art. 4).

29. Rechercher et déterminer le véritable sens, pour l'application des lois aux cas particuliers, est ce qu'on appelle interpréter par voie de doctrine. On sent assez que cette interprétation, n'étant toujours fondée que sur des conjectures, ne peut avoir la même certitude que celle qui est donnée par le législateur lui-même. Cependant la nécessité de mettre un terme aux procès a fait admettre universellement la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée (V. C. civ., art. 1350 — 4°). Mais, parce que ce n'est là qu'une présomption, son effet doit naturellement se restreindre dans les limites de l'utilité qui l'a fait établir. L'autorité de la chose jugée ne s'applique donc qu'à la cause sur laquelle est intervenu le jugement (V. C. civ., art. 1351).

30. Toutefois les jugements rendus dans des espèces particulières puisent dans la sagesse de leurs auteurs une autorité sur laquelle il n'est pas défendu de s'appuyer dans la décision des cas semblables ; et, lorsqu'un même point est jugé habituellement dans le même sens, cette habitude forme ce que nous appelons la *jurisprudence*, qui, si elle n'est pas proprement une partie du droit, en est au moins un puissant auxiliaire.

31. Bien plus, il est arrivé quelquefois que les magistrats

chargés de rendre la justice se sont permis d'interpréter la loi ou d'y suppléer par des règlements généraux, qui, par la tolérance du législateur, devenaient obligatoires pour tous. Nous en trouvons un exemple dans les édits des Préteurs et autres magistrats romains, et dans les arrêts de règlement que rendaient autrefois les cours souveraines. Mais aujourd'hui cette faculté est sévèrement interdite aux juges (V. C. civ., art. 5).

CHAPITRE II.

DU DROIT FRANÇAIS.

32. Il n'entre pas dans notre plan de tracer le détail historique de l'origine et des progrès du droit français depuis l'établissement de la monarchie; il est seulement nécessaire de jeter un coup d'œil sur la législation ancienne, qui, d'après le principe de la non-rétroactivité des lois, peut encore être journellement appliquée, et qui d'ailleurs, suivant nos observations précédentes, peut nous servir souvent dans l'interprétation de la nouvelle. Nous prendrons ensuite une idée générale de la législation actuelle, en nous attachant spécialement au Code civil, sur la confection et la composition duquel nous donnerons quelques détails.

SECTION I.

Législation ancienne.

33. Nous comprenons ici sous le nom de législation ancienne toutes les diverses sortes de lois qui ont régi la France jusqu'à la publication du Code civil. Cependant on désigne plus particulièrement sous le nom de *droit ancien* celles qui ont précédé le 17 juin 1789. Quant à celles qui ont été rendues dans l'intervalle de la révolution au Code civil, quoi-

qu'elles n'aient pas abrogé d'une manière générale les lois anciennes, elles y ont cependant apporté des changements si importants qu'elles forment en quelque sorte un droit à part, qu'on appelle *droit intermédiaire.*

34. Le royaume de France, composé de diverses provinces, qui formaient entre elles comme autant de nations particulières, et dont quelques-unes n'avaient été réunies à la monarchie qu'à la condition expresse de conserver leurs usages et leurs priviléges, ne pouvait présenter dans sa législation cette uniformité et cette harmonie qui rendent l'étude plus facile et l'application plus certaine. Cependant toutes les provinces étant soumises à l'autorité du roi, les lois qu'il promulguait sous le nom d'*ordonnances*, *édits*, *déclarations*, *lettres patentes*, étaient en général obligatoires dans tout le royaume. Mais leur exécution dans le ressort de chaque parlement se trouvant, depuis des siècles, subordonné à leur enregistrement; et les parlements s'attribuant, à tort ou à raison, le droit de refuser cet enregistrement, il en résultait que quelques-unes de ces lois, qu'on appelait *générales*, n'étaient pas universellement suivies.

Quoi qu'il en soit, les lois royales étaient loin de former un code complet, et c'était dans les coutumes et dans le droit romain qu'il fallait chercher le complément de la législation.

35. On comptait en France de trois à quatre cents coutumes, dont soixante environ étaient dites *générales*, parce qu'elles étaient observées dans une province entière. Les autres, qu'on appelait *locales*, étaient propres à une juridiction, une ville, un bourg, un village.

La plupart des coutumes avaient été rédigées par l'autorité du prince, et enregistrées aux parlements; mais ce n'est ni de leur rédaction ni de l'approbation expresse qui leur avait été donnée par le législateur qu'elles tenaient leur autorité; elles la tenaient de l'usage que leur rédaction avait uniquement pour objet de constater.

36. Dans certaines provinces, particulièrement dans celles

du midi, le droit romain tenait lieu de coutume générale; il y était observé comme loi, sauf les modifications que pouvaient y apporter les coutumes locales et la jurisprudence des parlements. On appelait ces provinces *pays de droit écrit*. On peut ranger dans cette classe les provinces mêmes qui, comme la Bourgogne et la Franche-Comté, avaient une coutume générale, mais où les cas non prévus par la coutume devaient, en vertu des lettres patentes qui l'avaient confirmée, être réglés par le droit romain.

37. Quant aux pays coutumiers, le droit romain n'y était en général considéré que comme raison écrite; c'est à ce titre qu'on le suivait partout, quoique avec d'importantes modifications, dans les parties relatives aux contrats. Sur ce point en effet les coutumes étant muettes, on ne pouvait mieux faire que d'adopter les décisions de la jurisprudence romaine, presque toujours basées sur les principes du droit naturel.

38. Les changements apportés par la révolution dans l'organisation politique de la France devaient nécessairement amener de nombreuses réformes dans le droit civil. Les obstacles qui s'étaient opposés jusqu'alors à l'établissement d'une législation uniforme ne subsistant plus, l'assemblée constituante s'empressa de poser en principe qu'il serait fait un code de lois civiles communes à tout le royaume. Mais, en attendant l'exécution de ce grand projet, qui n'a été réalisé que plus de dix ans après, il a été rendu par les diverses assemblées législatives qui se sont succédé une foule de lois qui, sur bien des points, ont dérogé aux coutumes, au droit romain et aux ordonnances des rois. Ce sont ces lois, dont la multiplicité atteste au surplus l'incohérence et l'instabilité, qui forment, avec la partie non abrogée de la législation ancienne, la legislation *intermédiaire*.

SECTION II.

Législation actuelle.

39. Depuis que l'assemblée constituante avait posé en prin-

cipe qu'il serait fait un code civil, plusieurs projets avaient été publiés. Un arrêté des consuls, du 24 thermidor an VIII (12 août 1800), nomma *Tronchet*, *Portalis*, *Bigot de Préameneu* et *Maleville* pour comparer l'ordre suivi dans la rédaction de ces divers projets, déterminer le plan qu'il paraîtrait le plus convenable d'adopter, et discuter ensuite les principales bases de la législation en matière civile. Le projet, imprimé en janvier 1801, fut envoyé au tribunal de cassation et aux divers tribunaux d'appel, dont on recueillit les observations; et sa discussion commença au conseil d'État au mois de juillet de la même année. Il n'est pas sans intérêt de connaître l'ordre suivi dans cette discussion, qui a précédé la présentation des projets de loi au corps législatif.

Chaque titre examiné par la section de législation en présence des commissaires était imprimé et distribué à tous les conseillers d'État, qui le discutaient de nouveau en assemblée générale, et l'approuvaient à la majorité des suffrages. Le titre une fois arrêté était envoyé au tribunat, qui le discutait à son tour et y faisait ses remarques. La section de législation les examinait, et en faisait son rapport au conseil d'État, qui opinait encore sur les changements proposés.

C'est après ces travaux préparatoires que fut arrêtée la rédaction définitive des projets de lois destinés à composer le Code civil. Après quoi chacun fut successivement proposé par le gouvernement, voté par le tribunat, et décrété par le corps législatif, suivant la forme prescrite par la constitution d'alors.

40. Toutes ces lois ont été réunies en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français, par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) (1). Cette loi règle la composition du Code (art. 1, 2, 3); sa division en livres, titres et articles (art. 4 et 5); l'époque de sa mise en vigueur, qui pour chaque titre ou partie de titre date de sa promulgation particulière (art. 6); enfin, l'article dernier contient l'abrogation de la législation

(1) III, B. 354, n° 3677.

ancienne sur les matières qui font l'objet des lois composant le Code. Voyez ladite loi.

40 *bis*. Il est à remarquer que, dans l'énumération détaillée des diverses dispositions législatives dont l'article 7 prononce l'abrogation, ne se trouvent pas nommément comprises les *lois* faites depuis 1789 par les diverses assemblées législatives. Cela est d'autant plus surprenant que cette lacune existante dans le projet fut signalée et l'addition proposée par plusieurs tribunaux, notamment par le tribunal de cassation (1). Rien dans la discussion ne révèle pourquoi il ne fut pas fait droit à cette observation. Quoi qu'il en soit, il reste évident que la législation intermédiaire sur les matières qui font l'objet du Code civil, n'ayant eu pour objet que de régler l'*interim* jusqu'à la publication de ce Code, attendu de jour en jour, n'a pu survivre à cette publication.

41. Une nouvelle rédaction du Code civil, sous le nom de Code Napoléon, fut décrétée par le corps législatif le 3 septembre 1807 (2).

Cette nouvelle rédaction, qui n'a nullement le caractère d'une révision, tendait uniquement à mettre le texte du Code en harmonie avec les changements survenus dans l'état politique depuis sa publication.

Aussi, sauf de nombreuses substitutions de dénominations, le nouveau texte reproduit fidèlement l'ancien. Les seules différences notables consistent dans le retranchement d'un numéro dans l'article 17, la suppression complète de l'art. 2261, qu'on a remplacé par un paragraphe retranché de l'article 2260, l'addition d'un paragraphe dans l'article 896 et par suite une légère modification dans la rédaction de l'article 897; enfin, on ajouta à la date de chaque loi la date correspondante du calendrier grégorien.

Quant au changement de titre, que l'on motiva en partie sur ce que le Code civil des Français était alors devenu la loi commune des peuples d'une partie de l'Europe (3), il serait in-

(1) V. Fenet, tom. II, p. 754 et 755.
(2) IV. B. 154 *bis*.
(3) Bigot Préameneu, *Exposé des motifs* V. Fenet, tom. I, p. 149.

juste de n'y voir qu'une de ces basses flatteries trop communes à cette époque. Ce fut, on doit le dire, un hommage rendu au génie de l'homme dont la ferme volonté avait su diriger et mener à sa fin, avec une part active de coopération, la grande entreprise vainement tentée jusque-là.

Quoi qu'il en soit, à la chute du gouvernement impérial, la force des choses fit disparaître du titre du Code le nom de Napoléon. C'est donc sous sa dénomination primitive de Code civil (mais sans aucune addition) qu'il fut maintenu par l'article 68 de la Charte de 1814, devenu l'article 59 de celle de 1830, et que fut publiée la nouvelle édition contenue dans l'ordonnance du 30 août 1816 (1).

Cette édition, faite en exécution d'une ordonnance du 17 juillet précédent, applicable aux cinq Codes, eut pour but unique de remplacer, par les dénominations, expressions et formules conformes au gouvernement établi par la Charte, celles qui rappelaient les gouvernements antérieurs. Du reste, on dut y conserver soigneusement non-seulement la substance et la rédaction de tous les articles restés en vigueur, mais les articles même abrogés ou modifiés par des lois postérieures, lesquelles lois durent seulement être mentionnées en note ou en marge et imprimées à la suite des Codes (V. ordonn. du 17 juill. 1816) (2).

42. Il est évident au surplus que notre législation civile n'est pas tout entière dans le Code civil, et qu'indépendamment des lois contenues dans les autres Codes, qui souvent éclaircissent, complètent ou modifient ses dispositions, il y a lieu d'y joindre encore toutes les lois postérieures relatives aux matières qui y sont traitées, et, bien entendu, les lois même antérieures non comprises dans l'abrogation prononcée par la loi du 30 ventôse an XII.

Sous ce nom de lois, il faut comprendre ici non-seulement les lois proprement dites, c'est-à-dire les actes du pouvoir

(1) VII. B. 109 *bis*, n° 1054.
(2) VII. B. 101, 914.

législatif, mais encore divers actes de la puissance exécutive, qui, en principe, il est vrai, ne doivent contenir que des dispositions réglementaires ou explicatives, mais qui, renfermées dans ces limites, commandent l'obéissance et constituent ainsi des lois, dans le sens général de ce mot. Tels sont les décrets, arrêtés, avis du conseil d'État, rendus sous les précédents gouvernements, et les ordonnances du roi.

42 *bis*. I. Nous disons que les lois proprement dites sont des actes du pouvoir législatif. A cet égard, il faut savoir que, depuis le 17 juin 1789, époque où l'assemblée des communes se constitua en assemblée nationale, le pouvoir législatif a toujours été plus ou moins exclusivement délégué à des assemblées délibérantes et électives.

Jusqu'à l'abolition de la royauté en 1792, le gouvernement participa à ce pouvoir par le droit de sanction (1).

Depuis, et jusqu'à la constitution de l'an VIII, il n'y eut aucune participation (2).

Sous l'empire de la constitution de l'an VIII et des actes organiques (3) qui l'ont modifiée sans l'abroger entièrement, le gouvernement avait exclusivement le droit de présentation au corps législatif, qui décrétait la loi après un débat établi devant lui entre les orateurs du gouvernement et ceux du Tribunat, dans le sein duquel le projet présenté avait été préalablement discuté (4) (V. Const. du 22 frimaire an VIII, art. 25, 28, 34).

Aujourd'hui, et depuis 1814, la puissance législative s'exerce collectivement par le roi et par les deux chambres (Ch. de 1814,

(1) Cela se pratiqua ainsi par la force des choses sous l'assemblée constituante et fut érigé en principe par la constitution de 1791. V. Constit. 3 — 14 septembre 1791, tit. III, art. 3, et tit. III, ch. III, sect. III.

(2) Il est clair que sous le règne de la Convention, qui absorbait dans son sein tous les pouvoirs, les lois ne pouvaient émaner que d'elle seule. Mais la constitution de l'an III, qui sépara les pouvoirs législatif et exécutif, ne donna à ce dernier aucune participation à la confection des lois. V. Constit. du 5 fructidor an III, art. 44, 76, 92.

(3) V. Const. du 22 frim. an VIII (II. B. 333, n° 3448 *bis*); Sénatus-cons. organiques du 14 thermid. an X (III. B. 206, n° 1876); 28 floréal an XII (IV. B. 1, n° 1); Senatusc. du 19 août 1807 (IV. B. 180, n° 2785).

(4) Observons seulement que par le sénatus-consulte du 19 août 1807, le tribunat, dont les attributions avaient déjà été fortement modifiées par les sénatus-consultes du 16 thermidor an X et 28 floréal an XII, fut tout à fait supprimé; et ses attributions, en ce qui concerne la préparation des lois, passèrent à des commissions prises dans le sein même du corps législatif.

art. 15; Ch. de 1830, art. 14). La proposition, que la première Charte attribuait au roi seul (Ch. de 1814, art. 16), appartient, d'après celle qui nous régit, au roi ou à l'une ou à l'autre chambre (Ch. de 1830, art. 15). Elle est discutée et votée librement par chacune des deux chambres et sanctionnée par le roi (Ch. de 1814, art. 18 et 22; Ch. de 1830, art. 16 et 18).

42 *bis*. II. Le pouvoir exécutif est, comme le mot lui-même l'indique, chargé de faire exécuter les lois. Il est clair dès lors que le gouvernement, investi, quel que soit d'ailleurs son titre, de la plénitude de ce pouvoir, peut et doit faire tous les actes tendant à cette exécution. De là le droit accordé au roi par la constitution de 1791 de faire des proclamations conformes aux lois pour en ordonner et en rappeler l'exécution (Const. de 1791, tit. III, ch. IV, sect. 1, art. 6). Le même droit fut attribué, à peu près dans les mêmes termes, au Directoire exécutif par la constitution de l'an III. La constitution de l'an VIII chargeait formellement le gouvernement, à qui d'ailleurs appartenait la proposition des lois, de faire les règlements nécessaires pour assurer leur exécution (Const. du 22 frimaire an VIII, art. 44). Ces règlements, sous le Consulat, portèrent le titre d'arrêtés des consuls, et, sous l'Empire, celui de décrets impériaux. En outre, et sous le règne de cette même constitution, le gouvernement statua fréquemment sur l'interprétation des lois par approbation de l'avis du conseil d'État, à qui l'examen de la question avait été préalablement renvoyé. Cette pratique, qui pouvait jusqu'à un certain point s'appuyer sur la combinaison des articles 44 et 52 de la constitution, fut formellement consacrée, au moins pour un cas donné, par la loi du 16 septembre 1807 (1).

La Charte de 1814 attribua, comme de raison, au roi, chef suprême de l'État, le pouvoir de faire les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois; cette Charte ajoutait : *et la sûreté de l'État*. Mais l'addition fut retranchée par la Charte de 1830, et remplacée par la disposition restrictive, qui refuse formellement au roi le pouvoir de suspendre jamais l'exécution des lois ou

(1) Le cas prévu est celui où, après cassation d'un arrêt ou jugement en dernier ressort, le jugement ou arrêt rendu par la cour ou le tribunal à qui l'affaire avait été renvoyée était attaqué par les mêmes moyens. Si la cour cassait de nouveau et que le troisième arrêt fût également attaqué, il y avait lieu à interprétation de la loi, interprétation que la cour de cassation pouvait même demander avant de rendre son second arrêt. Dans tous les cas, l'interprétation devait être donnée dans la forme des règlements d'administration publique. V. ladite loi (IV. B. 161, n° 2791).

de dispenser de leur exécution (V. Ch. de 1814, art. 14; Ch. de 1830, art. 13). La dénomination usitée depuis 1814 pour les règlements d'administration publique est celle d'*ordonnance.*

Quant au pouvoir d'interpréter les lois, il ne fut point admis, sous l'empire même de la Charte de 1814, comme conséquence du pouvoir réglementaire conféré au roi, et nous ne voyons pas, en fait, que le gouvernement du roi ait tenté de se l'attribuer, si ce n'est pourtant au cas spécialement prévu par la loi du 16 septembre 1807, tant que cette loi ne fut pas abrogée. Et, dans ce cas même, le règlement interprétatif à rendre, en exécution des articles 2 et 4 de ladite loi, ne fut considéré par le gouvernement lui-même que comme une interprétation judiciaire, bornée au procès particulier pour la décision duquel elle était donnée (1).

42 *bis.* III. Les attributions de chaque pouvoir social étant définies et limitées par la constitution du pays, la valeur de leurs actes respectifs semble subordonnée à l'observation que chacun aura faite des limites tracées (2). Cette appréciation, au reste, ne serait pas toujours facile, car c'est souvent une question délicate que celle de savoir si une règle promulguée par le pouvoir exécutif n'est en effet que l'application et la mise en action d'une loi précédente, ou si elle s'en éloigne assez pour être considérée comme règle nouvelle. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'un bon nombre de décrets impériaux contiennent des empiétements manifestes sur le pouvoir législatif (3). Mais comme, en fait, leurs dispositions, malgré ce vice d'origine, furent reçues dans la pratique, sans opposition des pouvoirs compé-

(1) V. Avis du conseil d'État approuvé le 17 décembre 1823 (VII. B. 644, n° 16014). Depuis, la loi du 16 septembre 1807 fut formellement abrogée par celle du 30 juillet 1828, qui, tout en pourvoyant, pour le cas prévu, à l'expédition de l'affaire litigieuse par l'opération du seul pouvoir judiciaire, vit seulement, dans l'espèce de conflit résultant de la jurisprudence contraire de la cour de cassation et des autres cours et tribunaux, la preuve de l'obscurité de la loi, et prescrivit en conséquence d'en référer au Roi, pour qu'il proposât aux Chambres, dans la session suivante, une loi interprétative. V. ladite loi, 30 juillet 1828 (VIII. B. 244, n° 8800).

Du reste, cette loi elle-même est aujourd'hui abrogée par celle du 1er avril 1837, qui pourvoit aussi, quoique différemment, à l'expédition de l'affaire par l'opération du seul pouvoir judiciaire, mais qui ne prescrit plus la proposition d'une loi interprétative. V. d. L., 1er avril 1837 (IX. B. 490, n° 6769).

(2) V. à ce sujet C. C., cass., 29 juin 1832 (J. P., tom. 94, p. 3). La cour, en se fondant sur les articles 53, 54 et 56 de la Charte, casse pour incompétence le jugement d'un conseil de guerre contre un individu non militaire, quoique rendu en exécution d'une ordonnance du roi (6 juin 1832), qui avait mis Paris en état de siége.

(3) V. entre autres les décrets du 6 août 1809 et 26 août 1811, analysés ci-dessous, tit. *De la jouiss. des dr. civ.*

tents; comme ils se trouvaient ainsi en possession de la force législative lors de la publication de la Charte de 1814, on les considère généralement comme maintenus par l'article 68 de cette Charte, devenu l'article 59 de la Charte de 1830. Cette doctrine, qui se recommande surtout par son utilité, est au surplus consacrée par une jurisprudence constante (1).

42 *bis*. IV. Les lois et les actes du gouvernement, susceptibles d'une exécution générale, sont publiés dans un recueil officiel connu sous le nom de *Bulletin des lois* (2). Ce recueil, établi en vertu des lois du 14 frimaire an II (4 déc. 1793) et 12 vendémiaire an IV (4 oct. 1795), commença à paraître en prairial an II (juin 1793) et s'est continué depuis sans interruption. Il est divisé en séries, dont chacune embrasse le temps d'un règne ou d'une forme différente de gouvernement. Le bulletin se publie par cahiers contenant ordinairement plusieurs lois ou actes du gouvernement; quelques-uns de ces derniers, ceux d'un intérêt moins général, n'y sont insérés que par leur titre. Dans chaque série, chaque cahier et chaque acte des pouvoirs législatif ou exécutif porte un numéro d'ordre; à cet égard il est à observer que cet ordre de publication n'est pas celui de la date des lois ou actes du gouvernement (3).

42 *bis*. V. Outre les divers actes constitutifs du droit qui viennent d'être énumérés, notre étude embrasse encore la connaissance

(1) V. notamment C. C. cass., 27 mai 1819 (J. P., tom. 58, p. 243); 4 août 1827 (tom. 81, p. 75); 8 et 12 avril 1831 (tom. 91, p. 166); C. C. Rej., 1er septembre 1831 (tom. 91, p. 221).

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence n'est pas à l'abri de toute critique, et peut-être au moins serait-il nécessaire d'admettre quelques distinctions. V. dans ce sens une dissertation insérée par moi dans la *Revue étrangère et française*, tom VII, p. 417.

(2) L'envoi de ce bulletin aux diverses autorités constituées étant l'élément principal de la publication des actes qu'il contient, nous verrons bientôt que, sauf très-rares cas d'exception, leur insertion au bulletin doit toujours précéder l'obligation de les exécuter. (V. Ord. du 27 nov. 1816, ci-dessous *tit. prélim.*)

(3) Les lois et décrets, à partir de 1789 jusqu'à la publication du bulletin, sont recueillis dans deux collections officielles : la collection in-4° dite du Louvre, et la collection in-8° dite de l'imprimerie nationale. Mais ces collections sont devenues rares et sont d'un prix assez élevé. Elles comprennent au surplus, comme le *Bulletin des lois* lui-même, une foule d'actes uniquement relatifs à des personnes ou à des localités, dont le connaissance n'a pas pour le jurisconsulte une importance spéciale. Elles se trouvent à cet égard avantageusement remplacées par des collections particulières, comprenant uniquement les divers actes du pouvoir législatif et exécutif qui renferment des principes et des règles de législation et d'administration publique. Je puis citer notamment celle dont je me sers habituellement, la collection générale des lois, décrets, etc., publiés depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814, collection publiée en 1817 par Rondonneau, en 12 vol. in-8°.

des arrêts et jugements rendus par les cours et tribunaux dans les espèces soumises à leur décision. Car, bien que l'autorité de la chose jugée, sous le rapport de la force obligatoire, se restreigne à l'espèce particulière qui a fait l'objet de la contestation, elle subsiste comme autorité de raison pour fixer le sens des lois obscures et pour combler les lacunes de la législation. On sent, du reste, que cette autorité est plus ou moins grave suivant le degré d'élévation du tribunal qui a rendu la décision. La prééminence, à cet égard, appartient évidemment à la Cour de cassation, dont le pouvoir unique pour tout le royaume a été précisément institué pour réprimer les écarts de la jurisprudence et en établir l'uniformité.

42 *bis*. VI. Il n'est pas inutile, à ce sujet, de donner ici une notion sommaire de l'administration de la justice en France.

La justice proprement dite, c'est-à-dire celle qui émane du pouvoir judiciaire (1), peut se diviser en justice civile, comprenant la juridiction commerciale, et justice criminelle.

La justice criminelle punit les infractions par l'application des lois pénales; la justice civile règle les intérêts privés par l'application des lois civiles. Remarquons, à ce sujet, que le règlement des intérêts privés comprend la réparation du dommage causé aux particuliers par un fait illicite. Toutefois, lorsque le fait dommageable est une infraction punie par la loi, l'action en réparation du dommage peut être accessoirement portée devant la justice criminelle.

42 *bis*. VII. La justice civile, celle dont nous avons principalement à nous occuper, statue, comme on l'a dit, sur les intérêts privés; ce qui comprend les questions d'état, les questions de propriété ou autres *droits réels*, et les questions d'obligation; elle prononce sur

(1) On appelle ainsi cet élément de la puissance publique qui consiste dans le droit de punir les infractions à l'ordre social et de régler les intérêts privés, par l'application des lois civiles et pénales.

Le pouvoir judiciaire est, comme on l'a déjà dit, une des branches du pouvoir exécutif (V. ci-dessus n° 5 (1)). Mais, comme cette attribution est entièrement séparée des autres, on la considère généralement comme un pouvoir à part, distinct du pouvoir exécutif proprement dit, lequel consiste surtout dans l'administration.

Quoi qu'il en soit, il y a aussi une justice administrative, qui s'exerce par des agents du pouvoir exécutif proprement dit. Elle consiste surtout à prononcer sur les réclamations élevées par l'intérêt privé contre un acte de l'administration active. Le litige auquel donnent lieu ces réclamations forme ce qu'on appelle le contentieux administratif (V. à ce sujet de Gerando, *Instit. de droit administratif*, tom. 1, p. 96). La justice administrative s'exerce par les conseils de préfecture, les ministres, dans leurs départements respectifs, et le conseil d'État. La Cour des comptes est aussi une juridiction administrative.

la demande des particuliers et quelquefois à la réquisition du ministère public.

La justice civile s'administre par des juges de paix, des tribunaux dits de première instance et des cours royales (1).

Les juges de paix jugent, soit en dernier ressort, soit à charge d'appel, les affaires dont la connaissance leur est spécialement attribuée par la loi. Ce sont en général des affaires simples ou d'un modique intérêt. V. L. 25 mai 1838 (2).

Les tribunaux de première instance jugent en dernier ressort quand la loi les y autorise (eu égard à la modicité), autrement à la charge d'appel, toutes les affaires civiles dont la connaissance n'est point attribuée aux juges de paix. Ils connaissent aussi des appels des juges de paix. V. L. 11 avril 1838 (3).

Les cours royales jugent les appels des tribunaux de première instance (4).

Il y a au moins un juge de paix par canton ; certaines communes, à raison de leur importance, en ont à elles seules un ou plusieurs. V. L. 16-24 août 1790, tit. III, art. 1 et 2. — Joignez L. 27 ventôse an VIII, art. 2 ; Ch. const., art. 52.

Sauf l'exception particulière au département de la Seine, il y a un tribunal de première instance par arrondissement. V. L. 27 vent. an VIII (5), art. 6 et 40 ; Joignez Ch. const., art. 50.

Plusieurs départements forment le ressort de chaque cour royale. V. L. 27 vent. an VIII, art. 21 ; L. 20 avril 1810 (6), art. 3 ; Ch. const., art. 50.

Il y a en outre pour tout le royaume une cour de cassation dont la mission principale est d'annuler les arrêts ou jugements en dernier ressort pour violation ou fausse application des lois.

Le recours en cassation n'est point un appel et ne constitue pas un troisième degré de juridiction ; car la cour de cassation ne juge pas le fond des affaires ; elle annule, s'il y a lieu, l'arrêt ou le juge-

(1) Il y a aussi des tribunaux dits de commerce, dont l'organisation, le placement et la compétence sont réglés par la loi spéciale de la matière. (V. C. comm., art. 615-648, et notamment 615, 616, 631, 639).

(2) IX. B. 574, n° 7413.

(3) IX. B. 565, n° 7336.

(4) Elles connaissent également des appels des jugements rendus par les tribunaux de commerce (L. 27 ventôse an VIII, art. 22).

(5) III. B. 15, n° 103.

(6) IV. B. 282, n° 5351.

ment en dernier ressort et renvoie la décision à une autre cour ou à un autre tribunal qui statue, sauf nouveau pourvoi.

Si ce nouveau pourvoi est fondé sur les mêmes moyens que le premier, toutes les chambres de la cour doivent se réunir pour prononcer.

S'il intervient nouvelle cassation par les mêmes motifs, le point de droit est définitivement jugé par l'arrêt des chambres réunies ; et le renvoi, devant une autre cour ou tribunal, tend seulement à en faire faire l'application à la cause. V. L. 1er avril 1837 (1). Tel est le système simple auquel s'est arrêté en dernier lieu le législateur, après bien des variations sur la manière de régler ce cas de conflit entre les diverses branches du pouvoir judiciaire. V. L. 27 nov.-1er déc. 1790, art. 21 ; Const. de 1791, tit. III, ch. V, art. 21 ; L. 27 vent. an VIII (2), art. 78 ; L. 16 sept. 1807 (3) ; L. du 30 juill. 1828 (4).

42 *bis*. VIII. Il y a, près de chaque tribunal de première instance, de chaque cour royale et de la cour de cassation, un ministère public, exercé par des agents du pouvoir exécutif, désignés sous les titres divers de procureurs-généraux près les cours, de procureurs du roi près les tribunaux, et de substituts des uns ou des autres.

Certains substituts du procureur-général, plus spécialement chargés du service des audiences, ont le titre d'avocats-généraux ; on appelle aussi dans l'usage, *avocats du roi*, les substituts des procureurs du roi qui portent la parole à l'audience. Du reste, les procureurs du roi près les tribunaux ne sont eux-mêmes que les substituts des procureurs-généraux près les cours royales. V. L. 20 avril 1810, art. 6 et 43.

Les fonctions du ministère public en matière civile consistent principalement à prendre communication et à conclure, *comme partie jointe*, dans les affaires dont la communication est prescrite par la loi (ce sont en général celles qui concernent l'ordre public, l'état des personnes ou les intérêts des incapables). Il peut d'ailleurs prendre communication de toute autre affaire, s'il le juge convenable ; le tribunal peut même l'ordonner d'office (C. Pr., art. 83).

(1) IX. B. 490, n° 6769.
(2) III. B. 15, n° 103.
(3) IV. B. 164, n° 2791.
(4) VIII. B. 244, n° 880.

En outre, le ministère public agit d'office, *comme partie principale,* dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois et des décisions judiciaires ; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public (L. du 20 avril 1810, art. 46).

42 *bis*. IX. La justice criminelle prononce, sur la réquisition du ministère public, la punition des infractions; et, sur la demande des particuliers lésés, la réparation du dommage.

Les infractions et les peines dont la loi les punit se divisent en trois classes : 1° Les contraventions, qui sont punies de peines de simple police ; 2° les délits, qui sont punis de peines correctionnelles ; 3° les crimes qui sont punis de peines afflictives ou infamantes (C. pén., art. 1, 6-9, 464-466).

Les contraventions sont jugées par les tribunaux de simple police ; les délits, par les tribunaux correctionnels ; les crimes, par les cours d'assises, avec intervention du jury, et sur mise en accusation préalable (1).

La juridiction de police appartient aux juges de paix dans leurs cantons, et, concurremment avec eux, pour les cas que la loi détermine, aux maires dans leurs communes (C. instr. crim., art. 138, 139, 140, 166).

Le ministère public près le tribunal de police est exercé par le commissaire de police, le maire ou son adjoint (instr. cr., art. 144), quelquefois par un conseiller municipal désigné par le procureur du roi (*ibid.,* art. 167).

Les juges de police prononcent en dernier ressort ou à la charge d'appel, suivant la limite tracée par la loi, eu égard à la modicité de la condamnation (Instr. cr., art. 172). L'appel est porté devant le tribunal correctionnel (art. 174).

La juridiction correctionnelle appartient aux tribunaux de première instance sous le titre de tribunaux correctionnels (Instr. cr., art. 179). Il va sans dire que le ministère public y est exercé par le

(1) Toutefois, par dérogation à cette règle, la connaissance des *délits* dits *de la presse* et des *délits* politiques appartient aux cours d'assises. V. Ch. constit., art. 69 1°; L. 8, oct. 1830, art. 1 et 6 (IX. 1re part., B. 9, n° 68). Remarquons aussi que les prévenus de délits de presse peuvent être cités directement devant la cour d'assises par le ministère public. V. L. 8 avril 1831, art 1 (IX. B. 33, n° 101); L. 9 sept. 1835, art. 24 (IX. B. 155, n° 356).

Enfin remarquons que certains crimes politiques sont de la compétence de la cour des pairs (Ch. constit., art. 28, 29, 47, L. 9 septembre 1835, art. 1).

procureur du roi ou ses substituts (L. 20 avril 1810, art. 43).

Les jugements des tribunaux correctionnels, à moins qu'ils ne prononcent sur appel, peuvent dans tous les cas être attaqués par cette voie. L'appel est porté, suivant plusieurs distinctions, tantôt à un autre tribunal correctionnel, tantôt à la Cour royale (Instr. cr., art. 200 et 201).

En matière de crime, l'inculpé n'est soumis au jugement qu'après qu'une première décision a statué sur sa mise en accusation. La mise en accusation est prononcée par la cour royale, qui renvoie en conséquence devant la cour d'assises (1).

Les assises sont tenues dans chaque département par trois magistrats délégués à cet effet, dont l'un, qui est président, est toujours pris dans le sein de la Cour royale; quant aux deux autres, ils doivent aussi, ou peuvent seulement y être pris, suivant que les assises se tiennent ou non dans les départements où siégent les Cours royales; autrement ils sont pris dans le tribunal du lieu où siége la cour d'assises (C. instr. cr., art. 252, 253; L. 10 avril 1810, art. 16).

Les fonctions du ministère public sont remplies au siége des Cours royales par le procureur-général ou l'un de ses substituts, ailleurs par le procureur du roi ou substitut du lieu où siége la Cour d'assises, à moins que le procureur-général ne juge à propos de s'y rendre lui-même (C. instr. cr., art. 252, 253, 284).

Devant la Cour d'assises, les jurés statuent sur la culpabilité de l'accusé. La Cour statue sur l'application de la peine, et, s'il y a lieu, sur la réparation du dommage.

(1) Il est bien entendu que cet arrêt n'intervient qu'après qu'une instruction dirigée contre l'inculpé a établi des preuves ou indices graves d'un fait qualifié crime.

Cette instruction a lieu en général près des tribunaux de première instance, sous la direction d'un juge dit d'*instruction*, à la réquisition ou, en tout cas, avec la participation du procureur du roi. L'instruction se termine par une ordonnance du tribunal, qui, sur le rapport du juge d'instruction, doit, suivant les cas, et sauf opposition s'il y a lieu (Instr. crim., art. 129 *in fin*. 135), déclarer qu'il n'y a lieu à suivre; prononcer le renvoi soit au tribunal de police, soit au tribunal correctionnel; ou enfin ordonner que les pièces seront transmises au procureur-général chargé de requérir la mise en accusation.

Remarquons ici que cette ordonnance de renvoi n'est pas le mode nécessaire, ni même le plus fréquent, pour saisir les tribunaux de police ou correctionnels. Ceux-ci peuvent toujours, et sans instruction préalable, être saisis par une citation donnée soit à la requête du ministère public, soit à la requête du particulier qui se prétend lésé (Instr. crim., art. 145 et 182).

La déclaration du jury n'est soumise à aucun recours (Instr. cr., art. 350; voy. pourtant art. 352).

Les arrêts de la Cour d'assises ne peuvent être attaqués que par voie de cassation.

Du reste, les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle ou de police, ainsi que l'instruction et les poursuites qui les auront précédés, peuvent être annulés pour violation de formes ou pour violation de la loi. Le pouvoir d'annuler peut, suivant les cas, appartenir à un tribunal supérieur, *puta* à la Cour ou au tribunal jugeant en appel ; il appartient éminemment à la Cour de cassation.

43. Ces notions préliminaires devaient nécessairement précéder l'étude particulière du droit civil français, qui, aux termes de la loi sur les écoles de droit, doit être enseigné dans l'ordre établi par le Code civil (1). C'est maintenant le législateur lui-même qui va nous servir de guide. Nous devrons suivre sa méthode, sa marche, ses divisions; nous chercherons à conformer notre pensée à la sienne, en pliant autant que possible la doctrine à l'ordre même des articles du Code. Montrer la liaison des divers articles entre eux, les rattacher aux principes généraux du droit ou de l'équité, faire ressortir les différentes propositions, souvent réunies dans une disposition complexe; signaler à l'étude et à la méditation les obscurités, les lacunes, les vices de rédaction, en un mot, les imperfections dont nul ouvrage des hommes n'est exempt : tel est l'objet essentiel de ce livre. On y a joint l'examen rapide et sommaire des principales difficultés qui naissent de ces lacunes et de ces obscurités, et la solution brièvement motivée des questions qui sont discutées et résolues avec plus de développement dans la leçon orale.

(1) Loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), art. 2 (III, B. 355, nº 3678).

CODE CIVIL.

Le Code civil, d'après l'idée que nous en avons prise, peut être défini : La collection des lois civiles françaises, successivement faites en vue de leur future réunion, et réunies effectivement en un seul corps par une loi spéciale qui, tout en laissant à chacune sa force du jour de son émission, en a réglé le classement par ordre de matières.

Le Code est divisé en un titre préliminaire et trois livres, subdivisés eux-mêmes en un nombre inégal de titres. Chaque titre est en général formé d'une loi particulière, distinguée par sa date ; seulement quelques articles décrétés à part, et portant conséquemment une date distincte, ont été insérés dans les deux titres du Mariage (art. 152-157) et de la distinction des biens (art. 530).

Quant à la division des titres en chapitres, sections, paragraphes et articles, c'est la division primitive de chaque loi. Il n'y a de changé que les numéros des articles qui formaient une série particulière pour chacune, et qui n'en forment qu'une pour tout le Code civil (V. au surplus L. 30 vent. an XII, et ci-dessus Introd., n° 40).

TITRE PRÉLIMINAIRE.

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

---

1. La plupart des règles comprises dans ce titre n'appartiennent pas spécialement au droit civil. Mais, le Code civil ayant ouvert la série des travaux législatifs qui ont successivement formé le corps actuel de notre droit, le législateur, au début de la carrière, a jugé convenable d'insérer dans le préambule de ce Code quelques principes fondamentaux applicables à toutes les branches de la législation.

Ces principes concernent :

1° La publication des lois, condition nécessaire pour que l'obéissance qui leur est due puisse équitablement être exigée de chacun des membres du corps social;

2° Leurs effets et leur application, envisagés ici :

Sous le rapport du temps qu'elles doivent régir (art. 2);

Sous le rapport des personnes et du territoire sur lesquels leur empire doit s'exercer (art. 3);

Sous le rapport des devoirs des juges chargés d'en faire l'application pour la décision des cas particuliers qui leur sont soumis (art. 4 et 5);

Enfin, sous le rapport des dérogations que la volonté des particuliers peut, en ce qui les concerne, apporter, dans certaines limites, aux dispositions générales des lois (art. 6).

2. Le pouvoir législatif établit les règles destinées à agir sur le corps social; mais, pour leur procurer cette action, il faut qu'un acte du pouvoir exécutif, constatant d'abord l'accomplissement des formes prescrites par la Constitution, proclame en conséquence loi de l'État l'acte du pouvoir législatif, et en ordonne l'exécution, la publication et l'enregistrement. Cet acte du pouvoir exécutif est ce qu'on appelle *promulgation.*

Il est évident que, dans les principes de notre droit public, cet acte ne peut émaner que du roi (Ch. const., art. 18).

2 *bis*. I. La promulgation, comme on voit, ne doit pas se confondre avec la sanction, qui émane aussi du roi (Ch. c., art. 18), mais qui rentre dans l'exercice du pouvoir législatif.

Au reste, cette dernière action de la puissance législative donnant lieu immédiatement à celle de la puissance exécutive, on conçoit que ces deux opérations du pouvoir royal, la sanction et la promulgation, doivent marcher presque simultanément. Aussi est-ce par l'acte même de promulgation, et uniquement par cet acte, que la sanction est constatée, dans l'usage, comme ayant eu lieu le même jour.

2 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, la Constitution de l'an VIII, sous l'empire de laquelle ont été décrétées et promulguées les lois qui composent le Code civil, non-seulement admettait, mais prescrivait un intervalle entre la perfection de la loi et sa promulgation. Car le décret du corps législatif, qui n'était soumis à aucune autre sanction, ne devait être promulgué que le dixième jour après son émission (1). C'est que cette constitution autorisait dans cet intervalle un recours au sénat pour inconstitutionnalité. Or, tant que ce recours était possible, la loi n'avait pas une existence certaine et définitive, et ne devait pas, dès lors, être promulguée. Mais elle l'était immédiatement dès que le recours n'était plus possible, c'est-à-dire dès que le dixième jour était arrivé.

3. La promulgation rend la loi exécutoire dans tout le territoire français, en ce sens qu'elle y insère le principe d'action sur le corps social ; mais, cette action ne pouvant équitablement s'exercer sur ceux qui auraient juste raison d'ignorer l'existence et la promulgation de la loi, l'exercice en est naturellement suspendu, dans chaque partie du royaume, jusqu'à ce que la connaissance ait pu y parvenir. Jusque-là donc la loi, tout *exécutoire* qu'elle est, ne sera pas *exécutée*. V. C. civ., art. 1, al. 1 et 2.

3 *bis*. C'est-à-dire, selon moi, que l'obligation de l'exécuter ne commencera pas auparavant ; mais, puisque la promulgation la rend *exécutoire*, je ne vois pas pourquoi les personnes qui connaîtraient

(1) V. Const. de l'an VIII, art. 37.

effectivement la loi promulguée ne pourraient pas, en s'y référant expressément pour prouver cette connaissance, user d'une faculté ouverte par cette loi, sans attendre l'expiration des délais après lesquels elle est réputée connue.

4. Du reste, comme il eût été presque toujours impossible d'arriver à la preuve du moment précis où la loi a été connue, le législateur a dû suppléer à cette preuve par une présomption. Ainsi, la publicité qui accompagne la confection de la loi, celle que lui assure la forme de la promulgation, devant en répandre promptement la connaissance, la promulgation est réputée connue après un court délai (*un jour après celui de la promulgation*). Ce délai s'augmente à raison des distances (*un jour par* 10 *myriamètres*). La distance se calcule entre le lieu de la résidence royale et le chef-lieu de chaque département. V. C. civ., art. 1, al. dernier.

Pour prévenir, au surplus, toute difficulté d'application, un règlement d'administration publique a fixé officiellement la distance entre Paris (lieu ordinaire de la résidence royale) et chaque chef-lieu de département (V. arrêté des consuls du 25 therm. an XI (1) [13 août 1803]; Jung, ordonn. du 7 juill. 1824 (2)).

4 *bis*. Remarquons que, la loi n'accordant aucune augmentation pour une distance moindre de 10 myriamètres, il y a lieu de négliger entièrement les fractions de dizaine. Ainsi 19 ou 29 myriamètres ne donneraient pas lieu à plus grande augmentation que 10 ou 20.

Cette règle, qui, au surplus, ressort des termes mêmes de la loi et dont l'application avait déjà été faite par un sénatus-consulte du 15 brumaire an XIII (3), a été de nouveau appliquée par l'ordonnance du 7 juillet 1824, qui, fixant à 145 myriamètres 3 kilomètres la distance de Paris à Ajaccio, chef-lieu du département de la Corse, borne à 15 jours le délai requis pour que la promulgation soit réputée connue en Corse, et n'augmente, par conséquent, que de 14 jours le délai ordinaire d'un jour.

(1) III, B. 312, n° 3149.
(2) VII, B. 680, n° 17306.
(3) IV, B. 21, n° 375.

5. Le jour de la promulgation servant, comme on a vu, de point de départ au délai fort court après lequel la loi est réputée connue, il a paru rigoureux de faire consister cette promulgation dans le seul fait de la signature apposée par le roi, sans publicité, à la formule d'exécution. Des doutes s'étant élevés à ce sujet, il est intervenu une ordonnance du roi qui ne considère la promulgation comme parfaite qu'après que la loi revêtue de la formule signée du roi a été insérée au bulletin. Et comme il importait, en outre, de déterminer le moment précis de l'insertion, cette formalité n'est censée accomplie que par la réception dûment constatée du bulletin à la chancellerie (V. ordonn. 27 nov. 1816 (1), art. 1, 2 et 3).

5 *bis*. I. La date de la réception du bulletin à la chancellerie devenant ainsi, pour chacune des lois contenues dans ce bulletin, la date officielle de la promulgation qui sert de point de départ au délai fixé par le Code civil, les bulletins successifs, depuis et y compris le n° 124 de la septième série, qui contient l'ordonnance du 27 novembre 1816, ont commencé à porter une date spéciale avant la signature du ministre de la justice. Et à commencer du n° 205 de la même série, on y a toujours joint une note portant que cette date est celle de la réception du bulletin au ministère de la justice.

5 *bis*. II. Il n'est peut-être pas exact de faire consister, comme le fait notre ordonnance, la promulgation, dans l'insertion au bulletin; car il y a, certainement, promulgation le jour où le roi a signé la formule qui la constitue, et c'est toujours ainsi qu'on l'avait entendu sous l'empire de la Constitution précédente. Mais on a eu pour objet de remédier à l'inconvénient de la brièveté du délai, fixé par le Code civil en vue d'un ordre de choses qui ne subsistait plus. En effet, ce délai, qui pouvait suffire lorsque la promulgation était attendue à l'avance et à jour fixe (le dixième jour après l'émission du décret publiquement rendu par le corps législatif), s'est trouvé évidemment insuffisant depuis que la promulgation suit, et doit, comme nous l'avons dit, suivre immédiatement la sanction, que le roi accorde s'il le veut, et quand il veut, sans aucune publicité.

(1) VII, B. 124, n° 1347.

Dans cet état de choses, le mieux, selon moi, eût été de changer par une loi, soit la durée, soit le point de départ, du délai fixé par le Code civil. Mais on a cru pouvoir se dispenser de recourir aux formes législatives, par ce motif apparemment que, le Code civil ne définissant pas ce qui constitue la promulgation, il appartenait au pouvoir royal, duquel émane cette opération, de déterminer l'acte matériel duquel il lui plaît de la faire résulter.

6. Moyen de hâter, dans les cas extraordinaires, la publication des lois et ordonnances (V. ordonn. du 27 nov. 1816, art. 4; et ordonn. du 18 janv. 1817 (1)).

6 *bis*. I. L'ordonnance du 27 novembre 1816, complétée à cet égard par celle du 18 janvier 1817, prescrit le mode à suivre pour suppléer à l'observation des distances légales, lorsque le roi jugera convenable de hâter l'exécution des lois et ordonnances. Le moyen est de les faire parvenir extraordinairement aux préfets : alors, suivant l'ordonnance de 1816, art. 4, elles devenaient exécutoires (dans le département) *du jour* où elles étaient parvenues au préfet, qui devait seulement en constater la réception sur un registre, comme le ministre de la justice constate dans les cas ordinaires la réception du bulletin à la chancellerie. Mais parce que ni l'arrivée à la préfecture, ni la constatation sur le registre, si le préfet s'en tenait là, ne suffisaient pour répandre la connaissance de ce qui serait à exécuter, l'ordonnance de 1817 prescrit aux préfets de faire imprimer et afficher *partout où besoin sera,* et c'est *du jour* seulement de la publication faite dans cette forme qu'il y aura obligation d'exécuter (Ord. du 18 janv. 1817).

Au reste, dans l'une comme dans l'autre ordonnance, il est bien évident que ces mots *du jour* signifient *après l'expiration de ce jour,* et que l'obligation d'exécuter n'existe que le lendemain.

6 *bis*. II. Le pouvoir que le roi s'attribue ici de substituer, dans les cas d'urgence, un mode spécial de publication des lois au mode établi par le Code est entièrement conforme à la nature des choses. Et sa constitutionnalité ne pouvait surtout être mise en doute sous l'empire de la Charte de 1814, quand il s'agissait de la sûreté de l'État. Toutefois, et aujourd'hui surtout que l'article 14 est abrogé par la Charte de 1830, il est à regretter que ce pouvoir ne soit pas

(1) VII, B. 134, n° 1622.

réservé au roi par la loi. Pour éviter à cet égard toute contestation, il est à désirer que, dans la loi même dont il importerait de hâter la publication, on insérât une disposition formelle pour autoriser l'emploi du mode exceptionnel.

7. Remarquons ici que les règles établies par le Code sur la publication des lois ne comprennent dans leurs termes que les lois proprement dites. Toutefois il est évident qu'une analogie parfaite conduit à les appliquer également aux ordonnances du roi contenant des règlements généraux. C'est au surplus ce que supposent les ordonnances ci-dessus citées.

7 *bis.* La règle qui répute connue après un certain délai la promulgation des lois n'a été établie par le Code que pour les lois proprement dites.

Un avis du conseil d'État (1) a décidé que cette règle n'était pas applicable aux décrets impériaux, qui, préparés et rendus avec moins de publicité, ne pouvaient être frappés de la même présomption de connaissance.

En conséquence, il fallait appliquer aux décrets insérés au bulletin la règle établie antérieurement pour les lois par l'art. 12 de la loi du 12 vendém. an IV, et ne les rendre obligatoires dans chaque département que *du jour* de la distribution du bulletin au chef-lieu (entendez que le décret était obligatoire le lendemain de la distribution).

Quant à ceux qui n'étaient pas insérés, ou ne l'étaient que par leur titre, ils n'étaient obligatoires que du jour qu'il en était donné connaissance aux personnes qu'ils concernaient, par publication, affiche, notification ou signification, ou envois faits ou ordonnés par les fonctionnaires publics chargés de l'exécution.

Les termes de l'article 1 ne comprennent pas plus les ordonnances du roi qu'ils ne comprenaient les décrets impériaux; et toutefois il ne faut point admettre, sous le régime actuel, entre les ordonnances et les lois la différence que le conseil d'État avait reconnue, sous le régime impérial, entre les décrets et les lois.

Dès l'instant que le délai pour la connaissance de la loi ne part plus de la signature du roi, mais de l'arrivée postérieure du bulletin à la chancellerie, le délai accordé par le Code, suffisant, au moyen de la distribution du bulletin, pour que chacun puisse acquérir la con-

(1) Av. du cons. d'Etat, 25 prair. an XIII (14 juin 1805), IV, B. 48, n° 812.

naissance des ordonnances comme des lois, la même règle doit être appliquée pour les unes comme pour les autres. Aussi les ordonnances de 1816 et de 1817 comprennent-elles dans leurs termes les ordonnances comme les lois.

Toutefois l'avis du conseil d'État resterait applicable aux ordonnances non insérées au bulletin, et peut-être à celles qui n'y sont insérées que par leur titre.

8. Les effets des lois françaises sont envisagés ici :

1° Quant au temps qu'elles doivent régir ;

2° Quant aux personnes et au territoire sur lesquels leur empire doit s'exercer.

9. A l'égard du temps, le législateur s'empresse de proclamer le principe de non-rétroactivité. V. art. 2 (1).

Il en résulte qu'une loi nouvelle ne peut, en général, ni attribuer aux faits passés sous l'empire d'une loi précédente des conséquences qu'ils n'étaient point destinés à produire, ni empêcher que ces faits ne continuent à produire leurs conséquences directes.

Mais il n'en résulte pas que la capacité conférée par la loi à une personne, se conserve malgré le changement de la loi qui la conférait.

9 *bis*. I. Le principe de non-rétroactivité des lois est une règle de droit public général, qui peut s'envisager sous deux points de vue différents :

1° Comme limitant le pouvoir du législateur lui-même ; 2° comme imposant un devoir à ceux qui sont chargés d'appliquer les lois.

C'est sous le second point de vue seulement qu'elle est consacrée ici par le droit positif, car ce n'est pas dans un Code de lois, mais dans la Constitution de l'État, que pourraient se trouver des préceptes pour le législateur.

Quant au premier point de vue, il faut bien reconnaître que la règle n'est ni formulée par notre droit positif, ni en elle-même tellement absolue qu'elle ne puisse dans certains cas fléchir pour de graves considérations. Aussi la législation offre-t-elle quelques exemples de lois rétroactives. Ces exemples sont rares, et plus rare-

(1) V. ci-dessus, Introd., n° 8.

ment encore dignes d'approbation (1). Mais on concevrait des cas où des motifs d'utilité sociale pourraient justifier, aux yeux de la raison et de l'équité, l'établissement d'une règle rétroactive : *puta,* si quelque acte, sinon pleinement licite, au moins jusque-là toléré, était frappé de nullité par une loi postérieure.

Concluons qu'une loi rétroactive peut n'être pas blâmable, que dans tous les cas elle commanderait l'obéissance; mais que ce caractère de rétroactivité ne se suppose pas dans une loi, si elle ne s'en explique formellement (V. à ce sujet Théodose et Valentinien, L. 7, Cod., *de legib.*).

9 *bis.* II. Le principe de non rétroactivité protége les droits acquis sous l'empire de la législation précédente, quand même la loi nouvelle réprouverait la cause ou le mode d'acquisition (V., à ce sujet, art. 691). Il soustrait en général à l'empire de la loi nouvelle les conséquences des faits antérieurs, auxquels, en effet, cette loi n'a pu servir de règle (V. C. pén., art. 4).

9 *bis.* III. Toutefois la concession d'une faveur ne constituant aucune iniquité quand nul intérêt n'est lésé, la loi nouvelle peut changer les conséquences d'un fait antérieur par adoucissement ou retranchement de la responsabilité, sans préjudice des droits acquis à des tiers.

Ainsi, en matière pénale, la loi nouvelle sera appliquée au jugement des infractions antérieurement commises, si elle abroge ou adoucit la peine précédemment établie (V. décr. du 23 juill. 1810 (2), art. 6). Mais la loi nouvelle ne soustraira pas l'auteur du fait devenu licite depuis qu'il a été commis, à l'obligation d'indemniser la partie lésée; car il y avait droit acquis.

9 *bis.* IV. S'il n'appartient point en général à la loi nouvelle de régler les conséquences des faits antérieurs, ce n'est pas une raison pour lui refuser le pouvoir de régler le mode d'instruction nécessaire pour les constater judiciairement : ainsi, à moins d'une disposition contraire, les lois de procédure ou d'instruction s'appliqueront à toutes les procédures commencées depuis leur publication, quoique ces procédures aient pour objet des faits antérieurs.

Ce principe toutefois doit être appliqué avec précaution, car il ne

(1) V. notamment comme blâmable pour sa rétroactivité la loi du 17 nivôse an II qui annulait les donations et réglait les successions ouvertes depuis et y compris le 14 juill. 1789.

(2) IV. B. 304, n° 5779.

serait pas impossible qu'un changement apporté dans le mode légal de constatation des faits juridiques altérât, jusqu'à un certain point, le fond du droit, en privant les membres du corps social des garanties sous la foi desquelles ils ont agi ou contracté, et en considération desquelles ils ont pu omettre certaines précautions ou commettre quelques imprudences (1).

9 *bis*. V. La loi pouvant toujours sans rétroactivité restreindre la liberté humaine par des prohibitions, pourvu que ces prohibitions ne reçoivent point d'application aux faits antérieurs, il s'ensuit qu'elle peut changer la capacité des personnes, pourvu qu'elle respecte les actes faits en état de capacité par les personnes qu'elle frappe d'incapacité pour l'avenir.

Ainsi, une loi qui porterait à 25 ans l'âge de majorité, fixé aujourd'hui à 21 ans, rendrait mineures, et comme telles incapables, les personnes qui, au moment de la publication de la loi nouvelle, auraient plus de 21 ans et moins de 25. Mais cela ne préjudicierait pas à la validité des actes faits par ces personnes en état de majorité jusqu'à la publication de la nouvelle loi.

On voit d'après cela que la capacité n'est pas considérée comme un droit acquis, mais simplement comme une aptitude à acquérir des droits. Et toutefois une loi qui établirait une incapacité pénale, *puta*, la mort civile, serait évidemment rétroactive si elle faisait encourir, même pour l'avenir, cette incapacité, à raison de faits antérieurs à sa publication.

9 *bis*. VI. Indépendamment de toutes ces distinctions, une loi interprétative, sur quelque matière que ce soit, doit s'appliquer aux faits antérieurs à sa publication, pourvu qu'ils se soient passés sous l'empire de la loi interprétée et qu'ils ne soient pas déjà irrévocablement jugés (2). Car la loi nouvelle n'a point alors changé la disposition antérieure; elle en a seulement fixé le véritable sens. Or, quel que puisse être le préjudice résultant de l'obscurité de la loi précédente, que chacun était disposé à interpréter en sa faveur, nul du moins ne peut raisonnablement prétendre qu'il eût, avant l'émission de la nouvelle loi, droit acquis à se faire appliquer l'ancienne dans un sens reconnu erroné.

(1) Je crois, par exemple, qu'il y aurait rétroactivité si une loi, qui établirait une juridiction et une procédure exceptionnelle pour certains faits déterminés, était appliquée à des faits de ce genre passés avant son émission.

(2) S'il y avait jugement passé en force de chose jugée, il y aurait droit acquis.

Quoi qu'il en soit, la faculté de déguiser sous l'apparence d'une interprétation un véritable changement, pourrait rendre cette théorie dangereuse. Et d'ailleurs le législateur actuel n'a pas nécessairement le secret de la pensée du législateur précédent.

Ces considérations doivent, à mon avis, engager le législateur, sinon à s'interdire absolument la pratique des lois interprétatives, du moins à s'en abstenir le plus possible, en se bornant à substituer pour l'avenir à une loi obscure une loi claire sur le même point.

Par la même raison, les juges ne doivent pas facilement reconnaître à une loi nouvelle le caractère interprétatif, quand elle ne s'en explique pas, sauf à se servir de cette loi, comme raison écrite, pour se guider dans l'application qu'ils auront à faire de la loi ancienne.

9 *bis*. VII. Toute la doctrine sur la non-rétroactivité des lois se résume en cette proposition fort simple : la loi nouvelle ne peut ni aggraver les conséquences des faits antérieurs, ni enlever des droits acquis. Du reste, et sous cette modification, la loi nouvelle doit servir de base et de règle à tous les jugements qui se rendront sous son empire.

La difficulté pratique se trouve uniquement dans celle de distinguer, ce qui est proprement conséquence d'un fait antérieur, et ce qui peut passer pour conséquence d'un fait nouveau ; ce qui est proprement droit acquis, et ce qui peut n'être envisagé que comme une attente dépendant de l'avenir, que la nouvelle loi peut faire évanouir. Bornons-nous ici à quelques applications.

9 *bis*. VIII. Ainsi, en présence du principe constant qui règle en général l'effet d'un contrat par la loi en vigueur lors de sa formation , on peut se demander si une loi qui réprime par une mesure nouvelle le retard ou l'inexécution des obligations ne s'appliquerait pas aux contrats antérieurs à la publication, lorsque le fait d'inexécution ou de retard est intervenu depuis la loi nouvelle : *puta*, on se demande si le débiteur d'une rente constituée sous l'ancienne législation qui ne rendait jamais le capital exigible peut, en vertu de l'article 1912, être contraint au remboursement quand, depuis la publication du Code civil, il a cessé pendant deux ans de servir les arrérages. Beaucoup d'auteurs le nient (1), parce qu'ils verraient là une aggravation pour le débiteur des conséquences du contrat antérieur; mais la jurisprudence semble fixée pour l'affirmative, par

(1) V. notamment M. Duranton, t. 17, n° 615.

ce motif que l'exigibilité du capital est la conséquence, non du contrat, mais de la demeure postérieure au Code civil (1).

9 *bis.* IX. Pareillement, une loi qui établit une déchéance, faute de diligence pendant un certain temps, ne peut certainement, sans rétroactivité, faire encourir cette déchéance pour défaut d'action avant sa publication. Mais, pourvu que le temps écoulé avant la publication ne soit pas compté, je pense que la déchéance pourra être appliquée même aux droits antérieurement constitués.

Ainsi, la disposition de l'article 2281, qui fait régir par les lois anciennes les prescriptions commencées avant la publication du Code, n'était pas, selon moi, absolument commandée par le principe de non-rétroactivité. Sans doute, on ne pouvait sans injustice déclarer la prescription acquise par l'expiration, avant la publication du Code, du laps de temps déterminé par la loi nouvelle; on ne pouvait même imputer sur le temps de la nouvelle prescription le temps antérieur. Mais, sous cette modification, on aurait pu, je crois, assujettir les droits antérieurs à toutes les prescriptions établies par le Code, et convertir ainsi en règle générale l'exception que le législateur lui-même a faite à son principe pour la prescription de 30 ans (V. C. civ., art. 2281 et dernier).

Cela une fois admis, on est amené à douter que la règle de l'article 2281 doive être indistinctement appliquée aux prescriptions introduites par des lois spéciales en dehors du Code civil (V. au surplus ce que nous dirons sur l'article 2281).

9 *bis.* X. Sous le nom de droits acquis, auxquels une loi nouvelle ne peut porter atteinte, il faut comprendre même les droits éventuels, lorsqu'ils reposent sur une base immuable, telle qu'un contrat ou une donation entre vifs. Il en est autrement d'un droit éventuel à une succession non ouverte ou à un legs dont l'auteur est encore vivant; car, dans le premier cas, l'espérance ne repose que sur l'état de la législation, qui peut changer; dans le second, sur le testament essentiellement révocable jusqu'à la mort. Mais, si le testateur était mort, le legs même conditionnel devrait être respecté. Car, bien qu'il ne constitue encore qu'une espérance non transmissible aux héritiers du légataire (v. art. 1040), du moins la base de

(1) V. C. c., rej. 25 nov. 1839 (J. P., t. CXIII, p. 348, où sont cités plusieurs arrêts antérieurs).

cette espérance est-elle devenue immuable par l'irrévocabilité de la disposition testamentaire.

Je vois aussi une base immuable dans la donation de biens à venir ou de biens présents et à venir faite par contrat de mariage; car cette donation, quoiqu'elle ne dessaisisse point actuellement, et qu'elle reste conséquemment sujette à caducité, est cependant irrévocable, en ce sens qu'elle assure, sous la condition de survie, la transmission de tout ou partie de la succession. Ainsi, le droit éventuel qui en résulte, soit pour l'époux donataire, soit pour les enfants à naître de son mariage, me paraît à l'abri des atteintes d'une loi nouvelle qui, du vivant du donateur, abolirait ce mode de disposition. Je le déciderais ainsi, même en faveur des enfants qui ne seraient nés que depuis la nouvelle loi; car l'espérance était acquise à l'avance aux enfants, dans la personne de leur père ou mère, en vertu du contrat de mariage; ou, pour parler un langage moins figuré, je dirai que les époux qui ne se sont mariés que sous cette condition avaient droit acquis, en vertu de leur contrat de mariage, à ce que cette éventualité fût réservée à eux-mêmes ou à leurs enfants.

9 *bis.* XI. Pareillement, en cas de substitution faite par donation entre vifs, ou contenue dans un testament devenu irrévocable par la mort du testateur, on peut dire qu'il y a droit acquis non-seulement pour le donataire ou légataire grevé, ce qui est incontestable, mais même pour les appelés nés et à naître. Car leur droit, tout éventuel qu'il est, et sujet à caducité, repose sur une base immuable.

Quoi qu'il en soit, la seule conséquence pratique qu'on puisse tirer de là, c'est qu'une loi prohibitive des substitutions n'empêcherait l'exécution des anciennes substitutions pour l'avenir qu'autant qu'elle s'en serait formellement expliquée (V. ci-dessus, I (1)).

10. Quant aux personnes et au territoire, l'effet de la loi française se règle par la distinction faite précédemment entre les lois de police et de sûreté, les lois personnelles et les lois réelles. V. art. 3 (2).

(1) V. à ce sujet la loi du 12 mai 1835 (IX, B., 1re part., 138, n° 308), qui interdisant pour l'avenir toute institution de majorats, restreint l'effet des institutions antérieures, et permet même, mais non indistinctement, au fondateur d'un majorat de le révoquer ou d'en modifier les conditions. Cette loi, selon moi, est rétroactive, puisqu'elle ne respecte pas indistinctement le droit éventuel des appelés, lors même qu'ils seraient déjà nés. Toutefois, il faut convenir que les tempéraments qu'elle contient suffisent pour la laver du reproche d'iniquité.

(2) V. Introd., nos 11, 15, 16, 17.

Remarquez au surplus que le principe qui applique la loi réelle aux biens situés sur le territoire, quels que soient leurs possesseurs, n'est proclamé ici, avec raison, qu'à l'égard des immeubles.

10 *bis*. I. Les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes sont dites *personnelles* et s'appliquent aux personnes placées sous l'obéissance du législateur qui les a portées ; les lois qui régissent les biens sont dites *réelles* et s'appliquent aux biens situés dans le pays pour lequel la loi est faite.

Quant aux lois de police et de sûreté, elles tendent à faire régner la paix et le bon ordre sur le territoire soumis à l'empire du législateur, soit en prévenant par certaines précautions, soit en réprimant par des peines, les atteintes qui y seraient portées. Chaque peuple étant maître de fermer son territoire aux étrangers, il est évident qu'il ne les y admet qu'à la charge d'observer les conditions d'un ordre qui, du reste, profite aux étrangers eux-mêmes pendant leur séjour.

Ce sont là des principes de raison qui font partie du droit naturel commun à tous les peuples. Notre législateur les a proclamés ici par rapport aux personnes françaises et au territoire français, parce qu'il n'a à s'occuper que de la France. Mais c'est sans préjudice de leur application aux personnes étrangères et au territoire étranger. Ainsi, évidemment l'état et la capacité de l'étranger en France seraient réglés par le statut personnel du pays de cet étranger (1); ainsi, le Français propriétaire hors de France subirait l'application du statut réel du pays où sont situés ses biens, et son séjour sur le territoire étranger le soumettrait pendant sa durée aux lois de police et de sûreté qui protégent ce territoire.

10 *bis*. II. Le principe qui soumet au statut réel du pays de la situation le possesseur même étranger n'a, suivant la doctrine com-

(1) J'entends dire par là que l'application de la loi étrangère réglant la capacité de l'étranger devrait être faite même par les tribunaux français, si par événement ils étaient appelés à statuer sur une question de ce genre. Seulement je crois qu'ils devraient refuser leur ministère pour cette application si la législation étrangère invoquée leur paraissait blesser la morale publique, si bien que son application en France dût constituer un scandale. Ainsi, évidemment la loi d'un pays où la polygamie est permise ne pourrait être invoquée en France par la personne dont elle régit la capacité pour s'y faire admettre à épouser plusieurs femmes. J'en dirais autant d'un étranger divorcé suivant la loi de son pays qui voudrait se remarier en France du vivant de son premier époux.

mune, d'application qu'aux biens immeubles; car les meubles n'ayant pas d'assiette fixe sont toujours réputés situés au domicile de leur possesseur et régis conséquemment par le statut réel de ce domicile.

Telle était du moins la règle autrefois suivie pour l'application des diverses coutumes. En conséquence, les successions mobilières, quelque part que les meubles se trouvassent, étaient toujours régies par la coutume du domicile du défunt. Le Code semble s'être référé sur ce point aux anciens principes, en bornant aux immeubles la disposition qui soumet à la loi française les biens possédés en France par les étrangers.

Toutefois, je me garderais d'en conclure que, dans la succession d'un étranger dont les héritiers français seraient exclus, à quelque titre que ce fût, par la loi du domicile du défunt, ceux-ci subiraient cette exclusion à l'égard des biens meubles laissés en France. Loin de là, il est à croire que les cohéritiers français seraient admis à exercer, même sur ces biens meubles, le prélèvement autorisé par la loi du 14 juillet 1819, art. 2, *sur les biens situés en France.* En effet, le principe invoqué n'empêchait pas autrefois l'exercice du droit d'aubaine sur les meubles laissés en France par l'étranger. Or, comment concevoir que le législateur, en se relâchant de la rigueur de ce droit, sans condition de réciprocité, eût entendu permettre que les biens quelconques dont l'État renonce généreusement à s'emparer, fussent soustraits aux héritiers français par des étrangers, ou même que ces biens ne servissent pas à indemniser les Français des exclusions que la rigueur des lois étrangères leur ferait subir sur les biens situés hors de France?

Quelques-uns vont plus loin encore, et prétendent que le principe qui répute les meubles situés au domicile de la personne n'était applicable qu'au cas des meubles se trouvant dans la même souveraineté où est placé ce domicile (1). Si l'on s'attachait à cette idée, la succession aux meubles laissés en France par l'étranger serait, comme la succession aux immeubles situés sur le territoire, réglée par la loi française; mais cette théorie ne paraît guère compatible avec les termes de notre article 3.

10 *bis.* III. L'application différente du statut réel et du statut personnel est facile à faire et à comprendre quand la nature du sta-

(1) V. Merlin, rep., v° *jugement*, § 7 *bis*, t. 15, p. 419.

tut est une fois connue. Mais il n'est pas toujours aussi facile de reconnaître cette nature. Sur ce point une théorie serait nécessaire. Sans prétendre donner ici complétement cette théorie, qui pourrait faire l'objet d'un traité spécial, je me borne à exposer quelques idées propres à y conduire. Et d'abord, il y a des lois évidemment personnelles, parce qu'elles s'occupent des personnes sans aucun rapport direct aux biens.

Telles sont les lois qui constituent l'état civil en réglant les conditions du mariage et de l'adoption, en déterminant la filiation légitime ou naturelle; celles qui distinguent les personnes en majeurs et mineurs, celles qui statuent sur l'interdiction, celles qui règlent la nature et l'étendue de la puissance paternelle, celles qui organisent les tutelles. A cette classe appartiennent encore évidemment celles qui règlent la capacité de contracter, aussi bien que la nature et les effets généraux des obligations.

D'autre part, il y a des lois non moins évidemment réelles, parce qu'elles s'occupent des biens sans faire acception des personnes qui les possèdent.

Telles sont les lois sur la distinction des biens, celles qui règlent l'établissement, la nature et l'étendue du droit de propriété et des autres droits du même genre, usufruit, servitude, hypothèque.

Mais la difficulté existe principalement pour le classement de trois espèces de lois :

1° Celles qui règlent la capacité d'acquérir ou d'aliéner les biens;

2° Celles qui règlent la forme et la condition des actes;

3° Celles qui règlent les effets des actes.

10 *bis*. IV. Les lois qui règlent la capacité de transmettre ou de recueillir réunissent, à vrai dire, les deux caractères; mais l'un d'eux y domine comme principal, et doit à ce titre déterminer la nature du statut, car l'accessoire suit la nature du principal. Il faut donc considérer si la restriction apportée à la libre disposition des biens tend principalement à favoriser ou assurer la transmission dans l'ordre établi par la loi, ou si elle tend surtout à protéger ou à punir la personne frappée ainsi d'incapacité. Dans le premier cas le statut est réel, dans le second il est personnel.

Cela posé, la personnalité du statut est évidente quand la prohibition d'aliéner ou d'acquérir n'est que l'application et la conséquence d'un état général d'incapacité, tel que minorité, interdic-

tion, mort civile (V. C. civ., art. 25, al. 1, 2 et 3, 457, 484, 776, 777, 903, 904, 905, 2126).

D'un autre côté, la réalité du statut n'est pas moins certaine, lorsque, sans égard à l'état général de la personne du propriétaire, la loi prohibe ou restreint, *envers qui que ce soit*, la libre faculté de disposer des biens (V. C. civ., art. 913, 915). Alors, en effet, la restriction ne peut avoir pour but que d'assurer la transmission de la succession dans l'ordre légitime, et sa prohibition doit passer pour l'accessoire du statut réel qui établit cette transmission.

La difficulté est plus grande en ce qui concerne les incapacités purement relatives de donner ou de recevoir (V. C. civ., art. 908, 909, 1094, 1096, 1098). Car ici la faculté de disposer subsistant en faveur de tous ceux qui ne sont pas déclarés incapables, l'incapacité particulière n'assure pas efficacement la transmission des biens dans l'ordre de succession légitime; et d'ailleurs l'incapacité relative, fondée sur les rapports particuliers qui lient entre eux le donateur et le donataire, peut passer pour une protection particulière accordée à la personne du propriétaire contre les dangers auxquels ces rapports pourraient l'exposer.

D'après ces vues, il semblerait raisonnable de considérer en général comme statut personnel les incapacités relatives de donner ou de recevoir (1). Cependant cette idée n'est pas celle qui prévaut dans la doctrine et dans la pratique; on enseigne, au contraire, que les incapacités de donner et de recevoir, soit absolues, soit relatives, se référant toujours à la transmission des biens, et tendant toujours plus ou moins directement, plus ou moins efficacement, à maintenir la transmission dans l'ordre légal, ne perdent le caractère de réalité qu'autant qu'elles tiennent à un état général de la personne, comme minorité, interdiction ou mort civile (2).

Quant à moi, je pense qu'il faut, en effet, s'en tenir à cette doctrine comme règle générale, mais qu'il ne faut point cependant s'y attacher servilement quand le caractère de personnalité est évident; or, je trouve cette évidence, par exemple, lorsque la loi qui règle la

(1) C'est le système de *Prévost de la Janès*, qui défend ce sentiment contre la jurisprudence du Parlement de Paris et la doctrine des auteurs (V. *Prév. de la Janès,* 3e discours en tête du 1er volume des principes de la jurisprudence, règles IX et X).

(2) V. *Boullenois*, Dissertation sur les statuts; *Cochin*, Mémoire pour M. Chaillou; *Lebrun*, Communauté, liv. II, ch. III, sect. 5; *D'Aguesseau*, Observations à la suite de son 54e plaidoyer.

transmission des biens a un caractère pénal. Ainsi, quoique l'exclusion des successions pour indignité ne tienne point à une incapacité générale de la personne, je ne puis m'empêcher d'y voir un statut personnel (1).

10 *bis*. V. Les lois qui règlent les formes et les conditions des actes sont personnelles ou réelles suivant que les actes sont relatifs à l'état et à la capacité des personnes (ce qui comprend les actes constitutifs d'obligations), ou qu'ils tendent à régler le sort des biens, par transmission de propriété ou établissement de droits du même genre. D'après cette distinction, il y a lieu de suivre les règles d'application des divers statuts.

Toutefois, cette règle, vraie en ce qui concerne les formes et conditions *intrinsèques,* ne s'applique pas à l'égard des formes et conditions dites *extrinsèques.*

On appelle ainsi celles qui, par l'emploi de certaines solennités et l'intervention d'officiers publics, tendent à donner aux actes le caractère de certitude et d'authenticité. Il est clair que pour y parvenir il faut bien, sans égard à la *personnalité* ou à la *réalité* du statut qui régit l'acte au fond, s'adresser aux officiers publics du pays où l'on se trouve, et que ces officiers ne peuvent procéder que suivant la loi de leur institution, c'est-à-dire suivant la loi du pays pour lequel ils sont institués. Aussi admet-on généralement sur ce point la maxime *locus regit actum.*

Quant aux formes intrinsèques, c'est-à-dire aux conditions de validité indépendantes de la forme extérieure, on suit, d'après la règle ci-dessus, la loi du domicile des parties si le statut qui régit l'acte est personnel, et la loi de la situation si le statut est réel.

Notre Code offre une application de ces principes relativement au mariage du Français en pays étranger : ce mariage, en effet, est soumis, pour les conditions intrinsèques, à l'observation du statut personnel; mais quant aux formes de la célébration et à la rédaction de l'acte, on suit la règle *locus regit actum* (v. art. 170).

De même le testament reçu en pays étranger, avec les formes usitées dans ce pays, vaudra pour la transmission des biens situés en France (art. 999), mais sauf l'observation des règles de disponibilité et même de capacité (2) prescrites par le statut réel de France.

(1) V. Delvincourt, t. Ier, p. 11, n. 2.
(2) V. ci-dessus, n° 10 *bis* IV.

D'après les principes ci-dessus, les actes constitutifs d'obligation sont régis, pour leurs conditions et formes intrinsèques, par le statut personnel; et les actes d'aliénation, par le statut réel. Cette règle doit s'appliquer aux actes mêmes qui, d'après la législation d'un pays, produisent simultanément l'obligation et l'aliénation; effet attribué, dans notre droit, aux contrats, quand ils obligent à *donner* un corps certain (v. art. 1138): ces actes, en tant que source d'obligation, sont régis par le statut personnel du domicile des parties ou de l'une d'elles; mais, en tant que cause d'aliénation, ils le sont par le statut réel de la situation des biens. Ainsi, soit une vente, entre Français, d'un immeuble situé en pays étranger, la perfection des obligations réciproques se réglera par la loi française; mais la translation de propriété ne s'opèrera qu'en vertu de la loi étrangère et sous les conditions particulières, telles que tradition ou transcription, que cette loi pourrait prescrire.

L'application du statut personnel aux actes constitutifs d'obligation, soit simple, soit réciproque, n'offre aucune difficulté, lorsque les parties ont la même patrie. Si elles sont de pays différents, c'est évidemment par le statut personnel du débiteur que doit se régler en général la perfection et la validité de l'obligation; en effet, c'est l'obligation passive qui modifie vraiment l'état de la personne en restreignant la liberté naturelle, c'est donc la loi de l'obligé qui doit déterminer cette modification. Toutefois, si la loi du créancier stipulant créait une incapacité d'obliger les autres, comme notre ancien droit l'établissait contre la femme mariée contractant sans autorisation, ce statut personnel pourrait toujours être invoqué contre celui qu'il régit.

Notre règle amène à dire qu'un contrat synallagmatique entre parties de pays différents recevrait l'application de deux différents statuts personnels, en ce sens que chaque partie ne serait obligée qu'autant que les conditions prescrites par la loi de son pays seraient observées. La conséquence naturelle serait, en cas d'inobservation du statut personnel de l'un des contractants, de rendre le contrat boiteux en laissant sa force obligatoire à la discrétion de la partie protégée par le statut qui le vicie. C'est, en effet, ce qui arrive quand une personne capable fait avec un incapable un contrat synallagmatique (v. *Just.*, *ppio*, Inst., *de auct. tut.*; C. civ., art. 1125).

Toutefois ce résultat, qui ne se justifie, entre parties vivant sous la même loi, qu'en vue de la connaissance qu'a dû avoir de cette loi la partie mise ainsi à la discrétion de l'autre, me paraîtrait trop inique dans son application au cas qui nous occupe. En effet, celui qui a observé les conditions prescrites par son propre statut personnel, n'est pas obligé de connaître la loi étrangère qui prescrit d'autres conditions; l'équité exige donc de deux choses l'une : ou que cette loi ne puisse lui être opposée et que le contrat soit obligatoire de part et d'autre; ou, ce qui paraît plus raisonnable, qu'il ne le soit ni pour l'un ni pour l'autre. C'est à ce dernier parti que je m'attacherais, et je déciderais, en conséquence, qu'un contrat synallagmatique ne vaudra entre parties soumises à différents statuts personnels qu'autant que les conditions prescrites par les deux statuts auraient été observées.

10 *bis*. VI. Ce qu'on a dit sur les conditions et formes intrinsèques des actes s'applique en général à leurs effets. La loi qui règle ces effets est réelle ou personnelle, suivant la nature de l'acte. D'après cette idée, c'est la loi du domicile du débiteur qui règle dans un contrat l'étendue des obligations qui en résultent, car il est présumable que celui qui s'oblige a voulu pour déterminer les effets de son obligation, s'en référer au statut qui régit sa capacité de s'obliger. Mais, si le contrat est synallagmatique et que les parties aient un domicile différent, l'impossibilité de régler par deux différents statuts l'étendue respective d'obligations réciproques, doit faire supposer aux contractants l'intention d'adopter pour base de leur convention la loi du pays où ils contractent, surtout quand c'est dans le pays de l'un d'eux que le contrat se passe. Du reste, ce sont là seulement des règles d'interprétation de volonté; elles peuvent donc se modifier d'après les circonstances qui rendraient probable l'adoption d'un des deux statuts pour base commune. Ainsi, dans les conventions matrimoniales, expresses ou tacites, la femme qui, par l'effet du mariage projeté, va adopter la patrie de son futur mari, est naturellement censée, à moins de stipulation contraire, se soumettre au régime établi par le statut personnel du mari (1).

11. C'est principalement aux juges qu'est confiée l'application des lois, pour la décision des cas particuliers qui font

(1) Pothier, Communauté, n° 14.

naître des contestations. A cet égard, la loi impose à ceux-ci deux obligations également essentielles pour les maintenir dans la ligne de leurs attributions.

Ils ne rendraient pas aux plaideurs la justice qu'ils leur doivent, si sous un prétexte quelconque ils se dispensaient de juger le différend qui leur est soumis (1). Aussi, leur refus dûment constaté constituerait-il le délit de déni de justice. V. art. 4; et à ce sujet, C. proc., art. 506, 507, 508; C. pén., art. 185.

Ils empiéteraient sur les pouvoirs du législateur si, ne se bornant pas à ce différend, ils prétendaient régler à l'avance, par leur décision, les cas qui peuvent se présenter (2). La loi le leur défend absolument. V. art. 5; C. pén., art. 127.

11 *bis.* I. La disposition qui prescrit aux juges de juger, lors même qu'ils ne trouvent point dans la loi écrite les éléments de décision, ne s'explique pas sur les sources auxquelles ils devront puiser ces éléments. Évidemment, il faudra rechercher alors la volonté probable du législateur, dont l'esprit se révélera, tantôt par les travaux préparatoires de la loi, tantôt par l'analogie des cas prévus dans cette loi avec le cas omis, tantôt dans la coutume ou dans la législation ancienne comme raison écrite, tantôt enfin dans la simple équité, telle qu'elle apparaîtra par les lumières de la raison naturelle.

Toutefois, en matière pénale, le silence de la loi doit amener pour résultat certain l'absolution de l'inculpé, car une peine ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte formel (v. C. pén., art. 1 et 4; Instr. crim., art. 229, 364). Quelques-uns voudraient même, en toute matière, que le silence de la loi dût faire repousser la prétention du demandeur (3), quelque raisonnable d'ailleurs qu'elle pût paraître. Pour moi qui crois à l'existence d'un droit antérieur à la loi écrite, je ne puis partager ce sentiment, et je reconnais aux juges le pouvoir, disons mieux, le devoir de se déterminer en faveur de

(1) V. Introd., nº 28.
(2) V. Introd., nº 31.
(3) Il est évident que par demandeur on entend ici, non pas seulement la partie qui a dirigé la première attaque, mais celle qui élève une prétention dont la démonstration est nécessaire au succès de sa cause, *puta*, si l'existence antérieure d'une dette étant prouvée, le défendeur alléguait sa libération (v. art. 1315).

l'une ou de l'autre partie par application de ce droit antérieur, s'ils peuvent parvenir à le reconnaître. C'est seulement quand leurs recherches sur ce point aboutissent au doute qu'il y a lieu incontestablement à suivre la règle proposée.

11 *bis*. II. La règle qui oblige les juges à prononcer nonobstant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, recevait exception par la loi du 16 septembre 1807 qui, aux cas qu'elle prévoit, permettait, ou prescrivait même, à la cour de cassation saisie d'un pourvoi, de s'arrêter en attendant une interprétation réglementaire (1). Mais cette exception n'a pas survécu à l'abrogation de la loi de 1807; cette abrogation fut formellement prononcée par la loi du 30 juillet 1828, remplacée, elle-même aujourd'hui, pour le règlement du cas prévu, par celle du 1er avril 1837 (2).

11 *bis*. III. La défense adressée aux juges par l'article 5 se réfère, dans la pensée du législateur, aux arrêts dits *de règlement* que les anciens parlements, à l'occasion le plus souvent d'une affaire particulière qui leur était soumise, rendaient solennellement pour servir de règle à l'avenir dans les cas semblables. Ces arrêts, rendus sous le bon plaisir du roi, avaient force de loi dans le ressort du parlement tant que le roi ne les avait pas cassés. Cette pratique qui tendrait à rompre l'unité aujourd'hui établie dans la législation, si elle pouvait être renouvelée par des tribunaux dont le ressort est borné, est d'ailleurs inconciliable avec les principes de notre droit public, qui n'admettent aucune confusion entre les pouvoirs législatif et judiciaire. Ainsi, les arrêts, même de la cour de cassation, quoiqu'elle soit établie pour tout le royaume, n'ont d'application qu'à l'affaire particulière sur laquelle ils interviennent; et dans cette affaire même, ils ne fixent pas en général le point de droit, soit pour la cour ou le tribunal auxquels le jugement est renvoyé après cassation, soit pour la cour de cassation saisie de nouveau par le pourvoi contre l'arrêt ou jugement rendu par cette cour ou ce tribunal. Toutefois la nécessité de mettre un terme aux débats judiciaires a fait admettre, après plusieurs variations dans la législation, qu'à la suite de deux cassations par le même motif, le point de droit jugé par la cour de cassation devrait servir de règle pour le jugement de l'affaire, renvoyée à cet effet devant une troisième cour ou

(1) V. Introd., n° 42 *bis*, II, n.
(2) V. Introd., n° 42 *bis*, VII.

un troisième tribunal (L. 1er avril 1837, art. 2 ; voy. ci-dessus Introduct., n° 42 *bis*, VII).

12. L'application des lois peut cesser dans certains cas particuliers, par l'effet des conventions, qui tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134). Mais sur ce point, nous avons vu qu'il y a des distinctions à faire; le Code pose ici le principe de ces distinctions, en proscrivant toute dérogation aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. V. art. 6 (1).

12 *bis*. I. La loi positive n'ayant d'autre but que de faire régner l'ordre dans la société, en assurant, avec les tempéraments commandés par la raison d'utilité sociale, l'action de la morale universelle; on ne comprend pas bien d'abord que certaines lois seulement soient dites ici intéresser l'ordre public ou les bonnes mœurs, et soustraites seules comme telles aux dérogations des conventions particulières. Mais un peu d'examen fait bientôt reconnaître la justesse de la distinction. Souvent, en effet, la loi ne dispose que pour établir un droit commun en l'absence de conventions particulières : alors, on le sent bien, l'ordre public, intéressé sans doute à ce que le droit commun soit tel, ne l'est pas à ce que ce droit soit maintenu dans son application aux particuliers, qui par leur convention ont établi entre eux une loi spéciale. Mais il en est autrement lorsque la règle législative est absolue, auquel cas l'ordre public est toujours doublement intéressé à son observation : 1° parce que le précepte est nécessairement dicté par des considérations de morale ou de bien général; 2° parce que la première condition d'ordre social est la soumission des particuliers à la volonté du législateur.

12 *bis*. II. Cela posé, la difficulté pratique consiste uniquement à distinguer les lois qui disposent dans un sens absolu et celles qui ne disposent que sauf convention contraire. A cet égard ce serait une bien fausse idée que de s'attacher pour les reconnaître à la forme de l'expression législative; car une loi conçue en forme impérative ou prohibitive peut n'être pas absolue (v. *inter al.*, art. 677, 678, 679, 681); et ce caractère peut, au contraire, appartenir à une loi qui énonce la création d'une faculté : non que la loi prescrive jamais d'user actuellement de la faculté qu'elle confère, mais elle ne per-

(1) V. Introd., n° 21.

met pas toujours de s'en interdire à l'avance l'usage (v. notamment art. 815, 1268, 2220).

12 *bis*. III. Parmi les lois d'ordre public, auxquelles les conventions particulières ne peuvent déroger, il faut évidemment ranger, outre les lois politiques et les lois criminelles, dont nous n'avons pas à nous occuper, celles qui règlent l'état des personnes et l'organisation de la famille, car celles-là se rattachent directement au système d'organisation sociale.

Quant aux lois qui régissent les biens, et sous ce nom nous comprenons ici celles qui règlent l'effet et l'étendue des obligations dont ces biens sont l'objet, il en est certainement un grand nombre qui intéressent l'ordre public, au point de n'admettre aucune dérogation par l'effet des conventions entre particuliers. Mais la distinction n'en est pas toujours facile : ce n'est qu'en se pénétrant bien du but et du motif de la loi qu'on arrive à reconnaître si les considérations de morale, d'humanité, de politique ou d'intérêt général, qui l'ont nécessairement dictée, exigent seulement son application comme droit commun à ceux qui n'ont pas fait de convention, ou si elles doivent faire proscrire, comme contraires elles-mêmes à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les conventions contraires. Souvent, au reste, pour prévenir tout doute à cet égard, le législateur prend soin, soit de réserver, soit d'interdire expressément la faculté des stipulations dérogatoires (v., pour exemple du premier cas, art. 1627; et pour exemples du second cas, art. 1628, 815, 1268, 2220).

12 *bis*. IV. Dans l'impossibilité d'établir ici une théorie complète sur cette importante matière, je crois utile, du moins, de présenter quelques règles de doctrine propres à prévenir dans beaucoup de cas les difficultés d'application.

Première règle : La liberté des conventions étant admise comme principe fondamental, la loi qui détermine l'effet de certains contrats doit être facilement crue ne disposer ainsi qu'en vue de l'intention probable des contractants, et par conséquent sauf convention contraire.

Pareillement, chacun étant maître de disposer de sa chose et par conséquent de l'aliéner en tout ou en partie, les lois qui règlent les effets du droit de propriété, soit en développant son étendue, soit en la restreignant, au contraire, par respect du droit d'autrui, n'ex-

cluent point en général la faculté d'y déroger par l'établissement d'une servitude contraire (v. art. 686).

Deuxième règle : Dans une loi qui règle l'effet d'un contrat, si l'insertion d'une certaine clause est prohibée, c'est quelquefois parce que cette clause combinée avec les autres effets du contrat le rendrait inique ou dangereux ; c'est quelquefois seulement parce que cette clause le dénaturerait. Dans le premier cas, la conséquence serait, soit la nullité du contrat tout entier, soit au moins la nullité de la clause prohibée (v. à ce sujet, art. 1453, 1521, 1811, 1819, 1855). Dans le second cas, la convention contraire à l'essence du contrat ne le vicierait pas complétement, elle le ferait seulement dégénérer en un autre, soumis à des principes différents. C'est ainsi, par exemple, qu'un commodat, essentiellement gratuit (art. 1876), dégénérait en louage, ou en contrat innommé se rapprochant du louage, si le prêteur stipulait une récompense. Mais cela n'empêcherait pas la validité de la convention.

Troisième règle : Les lois qui déterminent les effets des contrats n'excluant point en général la faculté d'y déroger par des conventions particulières, la formule *s'il n'y a stipulation contraire*, quand elle se rencontre dans des lois de ce genre, tend moins à déclarer la permission toujours sous-entendue de convenir du contraire, qu'à indiquer la nécessité pour les contractants d'exprimer à cet égard leur volonté par une *stipulation* formelle.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

13. L'homme en tant que membre du corps social, et appelé comme tel à remplir dans la société, sous l'empire des lois qui la régissent, divers rôles ou personnages, prend le nom de *personne*.

Plus brièvement, les personnes sont les hommes envisagés sous le rapport du droit.

Tout le droit est relatif aux personnes puisqu'il ne tend en définitive qu'à régler leurs actions et leurs intérêts; c'est pour elles seules, en effet, qu'existent les biens; à elles seules peuvent appartenir, soit la propriété, soit les divers droits qui s'en rapprochent ou qui y tendent plus ou moins directement; à elles seules conséquemment se rapportent les moyens d'acquérir.

Mais la loi envisage les personnes plus spécialement, plus isolément, quand elle règle leur état, c'est-à-dire la manière d'être emportant pour chacun différence dans la jouissance ou l'exercice des droits.

L'état de la personne comprend l'âge, le sexe, la patrie, le domicile, la famille, et le rang qu'on y occupe, comme époux, père, mère, enfant ou parent dans un ordre ou un degré quelconque. Cet état se modifie par les incapacités dont la personne peut être frappée, soit pour absence de titre à la faveur de la loi, soit pour indignité, soit au contraire à titre de protection due à la faiblesse.

C'est à l'un ou plusieurs de ces divers points de vue que se rattache chacun des onze titres composant le premier livre du Code civil.

Ces points de vue divers peuvent, on l'aperçoit bien, fournir à la doctrine la base de plusieurs divisions de personnes. Mais la principale, celle qui domine toutes les autres, c'est la division en personnes qui jouissent et personnes qui ne jouissent pas des droits civils. C'est l'objet du titre premier.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

14. Les *droits* des personnes sont les facultés ou prérogatives qui leur sont accordées par la loi.

Les *droits civils* sont ceux qui dérivent de la loi *civile*, c'est-à-dire de la loi qui règle les intérêts privés.

Pris dans ce sens les droits *civils* s'opposent aux droits *politiques*, et comprennent même les droits *naturels*. Mais souvent on prend le mot *droits civils* dans un sens plus restreint, comme indiquant seulement les effets de la loi propre à la cité ; et dans cet ordre d'idées on oppose les *droits civils* aux *droits naturels*. De là naît une confusion dont le législateur ne s'est peut-être pas toujours gardé dans la rédaction de ce titre.

15. Les droits civils, pris dans le premier sens, sont tous, ou purement personnels, ou relatifs aux biens.

Les droits purement personnels consistent dans les rapports de mutuel dévouement, de protection et de dépendance établis entre certaines personnes, eu égard surtout au lien conjugal ou au lien du sang, et aussi dans les faveurs de protection sociale accordée à certaines classes de personnes, eu égard à leur incapacité prouvée ou présumée.

Les droits relatifs aux biens sont : ou des pouvoirs directs désignés sous le nom de droits *réels*, propriété, usufruit etc.; ou de simples *créances*, consistant dans l'engagement de certaines personnes envers certaines autres; d'où naît pour les dernières le pouvoir d'exiger des premières qu'elles donnent ou fassent quelque chose (1).

La loi règle la nature et l'étendue des divers droits ou pouvoirs, les moyens de les obtenir et le mode de leur extinction.

(1) On aperçoit, du reste, que le droit de créance ou d'obligation, que nous envisageons ici comme relatif aux biens, parce qu'il tend ordinairement à les procurer, est, sous un autre point de vue, essentiellement personnel, puisqu'il ne consiste que dans un rapport de personnes, entre lesquelles son effet se concentre.

La jouissance des droits civils consiste dans l'exercice qu'on peut en faire par soi-même ou par d'autres, et dans l'usage des moyens légaux pour y arriver, ou pour affranchir du droit d'autrui sa personne ou sa chose.

15 *bis*. I. Les droits purement personnels sont une conséquence de l'état civil et des actes ou faits constitutifs ou modificatifs de cet état. Les principaux de ces faits sont la génération et le mariage.

L'âge ou la faiblesse d'esprit sont les principales causes d'incapacité protectrice. La protection consiste dans la soumission de l'incapable à un pouvoir de direction ou d'assistance, elle consiste encore dans l'annulation des actes qu'il aurait faits à son préjudice.

15 *bis*. II. Le pouvoir direct sur les biens est de deux sortes :

1° Le pouvoir plein de sa nature, qui n'est soumis qu'à certaines restrictions légales ou conventionnelles, c'est la propriété ;

2° Le pouvoir limité à certaines prérogatives, ce sont les droits sur la chose d'autrui, usufruit, servitudes, gage, hypothèque.

La propriété s'acquiert, primitivement, par l'occupation ou prise de possession des choses qui n'ont pas de maître. Mais ce principe, rarement applicable dans les pays civilisés, où peu de biens restent vacants, est surtout bien restreint dans notre droit, qui attribue en général à l'état les biens vacants et sans maître.

La propriété acquise se transmet :

Du vivant du propriétaire, par la disposition (1) qu'il en fait, à titre gratuit ou onéreux, en faveur d'une autre personne qui l'accepte ;

Après la mort du propriétaire, soit par l'effet de sa volonté légalement manifestée, soit par l'effet direct de la loi.

La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription, c'est-à-dire par la possession de fait continuée avec les conditions requises pendant un certain laps de temps.

Les modes de transmission de la propriété sont, en général, applicables à la constitution des diverses espèces de droits réels, que le propriétaire voudrait établir en faveur d'autrui sur sa chose.

(1) La disposition est un acte de la volonté, et c'est bien certainement, en effet, dans la volonté du propriétaire que repose le principe de l'aliénation (v. Just., *Inst.*, § 40, *de div. rer.*). Mais pendant longtemps on a considéré comme moyen nécessaire de la réaliser, la tradition ou mise en possession. Jusque-là, il pouvait bien y avoir obligation de la personne, mais le pouvoir direct sur la chose n'était pas établi.

Ces mêmes droits, ou du moins plusieurs d'entre eux, sont aussi susceptibles d'être établis par prescription.

Quelquefois le droit réel est constitué par la seule force de la loi, sans la volonté du propriétaire.

Les droits réels une fois acquis sont ou non, suivant leur nature, susceptibles de cession. Ceux qui en sont susceptibles admettent en général les mêmes modes de transmission que la propriété elle-même; seulement, il est évident que la transmission par succession légitime ou testamentaire ne saurait s'appliquer à ceux qui s'éteignent par la mort.

Les droits sur la chose d'autrui sont, suivant leur diverse nature, temporaires ou perpétuels. Tous cependant admettent certains modes particuliers d'extinction, tous admettent comme modes communs d'extinction la renonciation et la prescription libératoire, fondée sur le non-usage pendant un certain temps. Enfin, il est évident qu'ils s'éteindraient tous par confusion, si par événement ils se trouvaient compéter au propriétaire lui-même: *puta,* si un usufruitier acquérait d'une manière quelconque la propriété du bien soumis à l'usufruit.

15 *bis.* III. Le droit de créance ou d'obligation s'acquiert surtout par les contrats. Mais il peut aussi naître sans convention, soit par l'effet immédiat de la loi, soit comme conséquence de certains faits personnels, quasi-contrats, délits ou quasi-délits. Les obligations s'éteignent de plusieurs manières: les principales sont le paiement et la remise volontaire (1), ajoutons-y l'impossibilité d'exécuter survenue par force majeure, et la prescription; ajoutons encore la confusion qui naîtrait de la réunion sur la même tête des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur; enfin, les obligations, et généralement tous les droits, peuvent s'éteindre par l'annulation des causes qui les produisent, annulation toujours fondée sur un vice inhérent à leur naissance (2).

Le droit d'obligation est aujourd'hui reconnu cessible, tout aussi

(1) Je ne parle pas ici de la compensation, qui rentre dans l'idée de paiement, ni de la novation, qui participe de l'idée de paiement et de celle de remise.

(2) Tous les droits pourraient aussi se résoudre par l'événement d'un cas prévu lors de leur constitution, c'est ce qu'on appelle condition résolutoire. Il va sans dire, au reste, que s'ils avaient été constitués pour un certain temps, ils finiraient à l'expiration de ce temps.

bien que les droits réels. Il se transmet, en général, par les mêmes moyens.

15 *bis*. IV. Le droit de créance ou d'obligation diffère essentiellement du droit réel; mais il est rangé par le Code au nombre des manières d'acquérir la propriété (v. art. 711). A cet égard, il est certain que toute obligation tend en général plus ou moins directement à cette acquisition. Mais on veut dire quelque chose de plus, savoir : que l'obligation de *donner* une chose (c'est-à-dire d'en conférer la propriété) rend immédiatement le créancier propriétaire, sans qu'il soit besoin de la tradition exigée par l'ancien droit (v. art. 1183, 1583 (1)). Il est clair, au reste, que si l'obligation suffit pour transférer la propriété, elle ne serait pas en général moins efficace pour la constitution des droits réels.

15 *bis*. V. Quoi qu'il en soit, l'effet translatif de propriété, accordé par notre droit à l'obligation, est borné par la force même des choses à certaines obligations, c'est-à-dire aux obligations de donner un corps certain. Mais l'effet commun à toutes, est d'affecter au paiement tous les biens du débiteur. Cette affectation, qui a lieu plus pleinement en cas de gage ou d'hypothèque, consiste principalement dans le droit accordé aux créanciers, en remplissant certaines conditions, de faire vendre les biens pour se faire payer, sur le prix, du montant de leurs créances liquidées en argent.

En outre, mais dans certains cas seulement, le créancier peut être autorisé à contraindre le débiteur par corps, c'est-à-dire, à le faire emprisonner, pour le déterminer au paiement.

15 *bis*. VI. Un droit qu'il ne faut pas omettre ici, parce qu'il est le complément et la garantie de tous les autres, est celui de s'adresser à la justice pour les faire reconnaître et proclamer, c'est le droit d'action. Le recours à la justice est quelquefois nécessaire, lors même qu'on n'a pas d'adversaire connu. On procède alors sur requête; mais, le plus souvent, le droit d'action consiste à traduire de-

(1) Ici l'on se demande si cet effet n'est pas borné à l'obligation conventionnelle, et si ce n'est pas alors le contrat plutôt que l'obligation née du contrat qui opère l'aliénation. Pour moi, je crois deux choses : 1° que le législateur a entendu attribuer en général à la volonté du propriétaire la puissance d'aliéner, et que cet effet est indépendant de l'obligation produite par cette même volonté; mais je crois, 2° que l'obligation d'aliéner, en elle-même, et indépendamment de la volonté qui la produit emporte aliénation légale de la chose. On voit que dans ce système l'aliénation pourrait résulter même d'une obligation formée sans convention (v. au surplus ce que je dirai sur l'art. 711).

vant les tribunaux l'adversaire qui méconnaît l'existence ou refuse l'exercice du droit. L'action est dite *réelle* quand le demandeur prétend qu'il a un pouvoir direct sur une chose (1), elle est dite personnelle lorsqu'il prétend que le défendeur est obligé envers lui. Cette distinction est surtout importante pour la détermination de la compétence des tribunaux (v. C. proc., art. 59).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

16. Les droits civils, d'après l'idée que nous en avons donnée, diffèrent des droits politiques, que l'on peut définir la part attribuée aux membres de la société dans l'exercice de la puissance publique. Ces derniers seuls sont attachés à la qualité de citoyen, qualité réglée par la loi constitutionnelle. V. C. civ., art. 7.

16 *bis*. I. La Charte qui nous régit, différente en cela de la constitution de l'an VIII, à laquelle se référait l'article 7 du Code civil, ne règle pas d'une manière générale la manière d'acquérir et de conserver la qualité de citoyen; elle détermine seulement quelques conditions d'aptitude aux principales fonctions publiques, celles de pair, de député, d'électeur. Ses dispositions sous ce rapport, et relativement à certains autres droits politiques, sont complétées par des lois particulières.

Ainsi, pour l'aptitude aux fonctions de pair, voy. loi du 29 décembre 1831 (2), remplaçant l'article 23 de la Charte, et d. Ch., art. 24.

Pour l'éligibilité à la chambre des députés, voy. Ch. const., art. 32 et 33; L. 19 avril 1831 (3), art. 59 et suivants.

Quant à la capacité électorale, voy. Ch. const., art. 34; d. L. 19 avril 1831, art. 1-12.

(1) Nous disons sur une chose : car si le pouvoir prétendu est un pouvoir sur la personne du défendeur, la matière est évidemment personnelle; quoique, sous un certain point de vue, toute réclamation d'état puisse passer pour action *réelle* (V. Just, *Inst.*, § 13, *de act.*). Mais, ce n'est pas ici le lieu d'éclaircir cette difficulté; il nous suffit d'enregistrer la distinction, dont l'application est simple et facile dans les questions relatives aux biens.

(2) IX, B., première partie, 54, n° 130.

(3) IX, B., première partie, 37, n° 105.

Quant à la capacité d'élire ou d'être élu aux conseils-généraux et d'arrondissements, voy. L. du 22 juin 1833 (1); et pour le département de la Seine, L. 20 avril 1834 (2), tit. I et II.

Quant à celle d'élire ou d'être élu aux conseils municipaux, voy. L. du 21 mars 1831 (3) et pour Paris L. 20 avril 1834, tit. III.

Pour l'aptitude à faire partie du jury, voy. L. du 2 mai 1827 (4).

Pour l'aptitude à faire partie de l'armée, voy. L. 21 mars 1832 (5), art. 2, 5 et 32.

Pour l'aptitude à faire partie de la garde nationale, voy. L. 22 mars 1831 (6), art. 9-13; et pour le département de la Seine, L. 14 juill. 1837 (7).

16 *bis*. II. Du reste, l'aptitude générale aux fonctions publiques qui constitue la qualité de *citoyen* n'étant déterminée, ni par la Charte, ni par aucune loi organique postérieure, c'est encore aujourd'hui dans la Constitution de l'an VIII qu'il faut en rechercher les conditions, en retranchant seulement celles qui se réfèrent à un ordre de choses qui ne subsiste plus.

On pense d'après cela, que la qualité de citoyen appartient de plein droit à tout Français mâle âgé de 21 ans (8); voy. acte du 22 frim. an VIII (13 déc. 1799) (9), art. 2;

Qu'elle se perd: 1° par les différentes causes qui font perdre la qualité de Français (voy. Acte du 22 frim. an VIII, art. 4, al. 1, 2, 3; voy. à ce sujet C. civ., art. 17 et 21); 2° par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes (Acte du 22 frim., art. 4, al. dernier; C. civ., art. 23; C. pén., art. 18, 28 et 34);

Enfin, que l'exercice des droits de citoyen est suspendu par l'état

(1) IX, B., première partie, 104, n° 235.
(2) IX, B., première partie, 116, n° 262.
(3) IX, B., première partie, 25, n° 91.
(4) VIII, B., 157, n° 5679.
(5) IX, B., première partie, 68, n° 149.
(6) IX, B., première partie, 26, n° 92.
(7) IX, B., 520, n° 6941.
(8) Il est évident que la majorité de 21 ans, présentée ici comme condition d'aptitude générale à l'exercice des droits politiques, n'est suffisante qu'en l'absence d'une loi spéciale exigeant un âge plus avancé (v. notamment les lois ci-dessus citées, relatives aux élections politiques). D'un autre côté, l'âge de 21 ans lui-même n'est pas exigé pour faire partie de l'armée (L. du 21 mars 1832), ou de la garde nationale (L. du 22 mars 1831).

Les femmes ne sont pas non plus privées de toute participation aux droits politiques, puisqu'elles peuvent dans certaines limites déléguer leurs contributions, pour constituer le cens électoral ou d'éligibilité (L. du 19 avril 1831, art. 8).
(9) II, B., 333, n° 3448 *bis*.

de débiteur failli, ou d'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli; par l'état de domestique à gages attaché au service de la personne ou du ménage; par l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace (Acte du 22 frim. an VIII, art. 5).

Quant aux conditions d'inscription sur le registre civique et de résidence pendant un an, prescrites par les articles 4 et 6, elles ne paraissent plus applicables. La première est impossible à remplir, puisqu'il ne se tient plus de registre civique. A l'égard de la seconde, on ne peut la supposer maintenue, en présence de la loi sur les élections qui règle sur une autre base le domicile politique (v. L. 19 avril 1831, art. 10 et 11; et L. du 25 avril 1845 (1).

17. Quant aux droits civils, ils appartiennent en général à tous les Français. V. art. 8, voy. cependant art. 22 et suivants.

18. On peut naître Français ou le devenir. Il résulte de la combinaison des articles 9 et 10 que, pour naître Français, il ne suffit pas de naître en France, et que cette condition n'est pas même nécessaire. Ce qui suffit toujours et ce qu'il faut, en général, c'est de naître d'un Français. V. art. 9 et 10, al. 1.

18 *bis*. I. Ainsi, c'est la filiation qui constitue la patrie. Du reste, les termes de la loi peuvent aussi bien s'entendre de la filiation maternelle que de la filiation paternelle (v. *Ulp*. L. 195, ff. *de verb. signif.*); et, effectivement, l'enfant doit, selon les cas, suivre la condition de son père ou suivre celle de sa mère.

L'enfant légitime suit toujours la condition de son père (2).

Quant à l'enfant né hors mariage, il suit en général la condition de sa mère. Cette proposition est sans difficulté quand le père est inconnu; mais les Romains appliquaient la règle au cas même où le père était connu, toutes les fois qu'il n'y avait pas entre les parents mariage légitime (3). Quoi qu'il en soit, notre législation fournis-

(1) IX, B., 1196, n° 11948.

(2) Cette condition d'ailleurs est ordinairement commune à la mère (voy. art. 12 et 19); mais il en pourrait être autrement si l'état du père avait changé depuis le mariage (voy. ci-dessous n° 21 *bis* et 36 *bis* I), ce qui n'empêcherait pas de régler l'état de l'enfant par celui du père.

(3) V. *Gaius*, Inst., 1-67; *Cels.*, L. 19, *Ulp.*, L 24, ff. de *stat. hom.* Telle est aussi la règle adoptée par M. Duranton, quoiqu'il voie quelque difficulté à l'appliquer à l'enfant de l'étrangère reconnu par un Français (*Cours de droit français*, t. 1, nos 124 et 125).

sant le moyen de constater la paternité naturelle par une reconnaissance, et cette reconnaissance rattachant, jusqu'à un certain point, l'enfant à la famille de son père, dont le nom lui est ainsi transmis, il paraît raisonnable d'en conclure qu'elle transmet aussi la patrie. Aussi admet-on assez facilement que l'enfant d'une étrangère, légalement reconnu par un Français, est Français (1). On est d'abord moins disposé à décider que la reconnaissance de l'enfant d'une femme française par un père étranger rende l'enfant étranger; mais, sans me préoccuper ici de la faveur dont nous entourons naturellement chez nous la qualité de Français, faisant, au contraire, entièrement abstraction de cette faveur à l'égard d'une personne placée entre deux patries, sans qu'on puisse dire de quel côté l'entraînent ses intérêts et ses affections, je pense que la reconnaissance faite par le père étranger sera ou non attributive de la patrie, suivant que la législation du pays du père admettra ou non cette manière de constater la paternité naturelle (2). Le tout, bien entendu, sous la réserve du droit de contester la reconnaissance, droit qui appartient toujours aux parties intéressées (art. 339).

18 *bis*. II. L'état du parent dont l'enfant suit la condition pouvant changer, il importe de déterminer l'époque à considérer pour régler ainsi l'état de l'enfant.

A cet égard, une distinction est nécessaire.

Si c'est l'état du père qu'il s'agit d'appliquer à l'enfant, il faut se régler sur le temps de la conception. C'est uniquement, en effet, par la conception que l'enfant peut se rattacher à son père. Mais, si l'enfant doit suivre la condition de la mère, c'est au moment de la naissance qu'il faut s'attacher. C'est à la naissance, en effet, que la mère transmet à l'enfant, qui jusque-là ne faisait qu'un avec elle, un état distinct; et cet état est nécessairement celui qu'elle a au moment de la transmission (3).

(1) V. Cambacérès et Tronchet, discussion du conseil d'État, séance du 6 therm. an IX (Fenet, t. 7, p. 8; Maleville sur l'art. 10).

(2) Delvincourt admet indistinctement l'effet de la reconnaissance (t. 1, p. 15, n. 4). Toullier semble de même avis, quoiqu'il ne se prononce pas explicitement sur l'effet de la reconnaissance faite par le père étranger (t. 1, nos 259 et 260). V. aussi M. Demolombe, t. 1, nos 149 et 150.

(3) Telle est la base de la théorie des Romains, qui fixaient l'état des enfants légitimes au temps de la conception, et celui des enfants illégitimes au temps de la naissance (voy. *Gaius*, Inst., I-89); seulement la faveur de la liberté faisait déroger à cette règle quand la mère, esclave au temps de la naissance, avait été libre au temps de la conception ou pendant sa grossesse (V. *Just.*, pr. Inst., *de ingen.*).

18 *bis*. III. Lorsque c'est le moment de la conception qui doit servir de règle, il y a difficulté d'application, à cause de l'incertitude de ce moment, qu'on ne peut guère déterminer que d'après la naissance en calculant la durée probable de la gestation.

Du reste, le Code civil ayant fixé ailleurs, par une présomption légale, la plus longue durée de la gestation à 300 jours et la plus courte à 180 (voy. art. 312, 314, 315), on pense qu'il y a lieu d'appliquer ici cette présomption au moins comme raison écrite, et qu'on doit en conséquence supposer tantôt la gestation la plus longue et tantôt la plus courte, suivant que l'une ou l'autre supposition tendra à conférer à l'enfant l'état auquel il prétend. Cette dernière règle, suivie en matière de légitimité (v. art. 314 et 315), semble, il est vrai, contredire le principe qui met la preuve à la charge du demandeur. Mais il y a pour l'admettre une raison particulière, c'est qu'entre deux patries, également possibles, il est naturel de se déterminer par le choix de la personne qui veut se rattacher à l'une d'elles.

18 *bis*. IV. Le principe qui détermine la patrie par l'origine plutôt que par le lieu de la naissance est à la fois le plus raisonnable et le plus conforme aux intérêts de la personne, à laquelle se trouvent ainsi conservés tous ses droits de famille. Son application est sans difficulté lorsque le parent dont l'enfant doit suivre la condition a une patrie à transmettre. Mais il peut arriver souvent qu'une personne établie dans un pays ait par là même rompu tous les liens qui l'attachaient à sa patrie, sans être pour cela devenue membre de la société nouvelle au sein de laquelle elle vit (1). Cette personne n'a pas à proprement parler de patrie qu'elle puisse transmettre. Si donc en cet état elle a des enfants, ne serait-il pas naturel que ceux-ci appartinssent de plein droit à la patrie au sein de laquelle ils sont nés? Pourquoi, en effet, cette patrie repousserait-elle un enfant qui, ne se rattachant à aucune autre, lui appartient nécessairement par son éducation, par ses mœurs et ses affections? D'après cela, je serais porté à reconnaître la qualité de Français par naissance à l'enfant né en France d'un étranger qui, par son établissement en France, aurait abdiqué son ancienne patrie. Il serait trop

(1) Telle serait certainement la position d'un Français qui, sans naturalisation, aurait formé en pays étranger un établissement sans esprit de retour (v. art. 17-3°). Telle serait probablement, d'après la législation de son pays, la position d'un étranger qui aurait formé en France un établissement semblable.

rigoureux de subordonner pour cet enfant l'acquisition de la qualité de Français aux conditions exigées par l'article 9, et de lui imposer ainsi, à peine de déchéance, la nécessité d'une déclaration dans l'année de sa majorité. Qu'on exige cette déclaration de celui auquel le choix est offert entre deux patries, cela se conçoit; mais il serait dérisoire de la demander à celui qui n'aurait pas de patrie s'il n'acceptait pas celle que la naissance sur le sol lui a donnée. Maintenant, si l'on objecte que l'enfant dont il s'agit est pourtant compris dans les termes de l'article 9, puisque son père, qui n'est pas Français, est par là même étranger, il est facile de répondre que l'article n'est point restrictif; la généralité de ses termes indique seulement l'intention de n'exclure du bienfait accordé au hasard de la naissance aucun de ceux qui peuvent en avoir besoin. Mais il n'est pas dit que ce besoin existe pour toute personne née en France d'un autre que d'un Français; aucun texte, en effet, n'établit en principe que pour naître Français il faille naître d'un Français; tout ce que dit la loi, c'est que celui qui naît d'un Français est nécessairement Français. Maintenant, dans les anciens principes on n'a jamais douté que la naissance sur le sol ne conférât la qualité de Français aux enfants des étrangers établis en France (1). Bien plus, cette qualité est évidemment reconnue par la constitution de l'an VIII à *tout homme né et résidant en France* (2). Enfin, le projet communiqué au tribunat allait plus loin encore, en déclarant Français *tout individu né en France* (3). Il est vrai que cette règle trop générale n'a pas prévalu, mais les objections qui l'ont fait rejeter ont toutes été tirées des rapports qu'une filiation étrangère établit avec une autre patrie. Ce sont ces rapports, en effet, qui peuvent rendre douteuse chez l'enfant de l'étranger l'intention de se fixer sur le sol qui l'a vu naître, et, pour écarter ce doute, on devait, comme on l'a fait exiger, une déclaration. Mais, le principe est toujours que la naissance sur le sol accompagnée de l'intention de s'y fixer confère la qualité de Français; or, cette intention ne doit-elle pas se présumer chez celui qui n'en peut raisonnablement avoir d'autre?

(1) V. *Lebrun*, Successions, liv. I, ch. II, sect. IV, nº 14; Domat semble aller plus loin encore et se contenter, en général, de la naissance en France (Dr. publ., liv. I, tit. IV, sect. IV, nº 5).

(2) V. Acte du 22 frim. an VIII (II, B. 333-3448 *bis*), art. 2 et 3.

(3) Rédaction adoptée au conseil d'État, séance du 14 therm. an IX, art. 2; rédaction communiquée au tribunat 7 mess. an X, art. 10 (Fenet, tom. 7, pag. 42 et 592).

De même donc que personne n'hésitera à déclarer Français l'enfant né en France de père et mère inconnus, de même, j'inclinerais à décider que la naissance sur le sol rendra Français l'enfant auquel ses parents ne pourraient transmettre qu'un état négatif.

Cette doctrine serait d'autant plus importante à consacrer qu'elle seule peut assurer, après des siècles, l'état d'une foule de familles établies en France, sans qu'aucun de leurs membres successifs ait effacé, par une naturalisation en forme, leur origine étrangère. Ces familles, habituées à se considérer comme françaises, et qui, dans cette idée même, auront négligé d'accomplir les conditions de l'article 9, seraient, dans le système contraire, exposées à des contestations d'état, après plusieurs générations; car, si le fils du premier auteur établi en France est né étranger comme son père, cette qualité se sera transmise de génération en génération jusqu'à sa postérité la plus reculée (1).

19. Le Code indique trois manières de devenir Français.

La première est relative à l'enfant né en France d'un étranger. La naissance sur le territoire, sans lui conférer immédiatement la qualité de Français, lui permet cependant de la réclamer. Mais cette faculté, bornée pour lui à l'année qui suit sa majorité, est subordonnée, comme de raison, à la condition de fixer son domicile en France et d'observer à cet effet les formalités prescrites. Ces formalités consistent, pour celui qui réside en France, dans une simple déclaration d'intention, et pour celui qui ne réside pas encore, dans une soumission, qui doit être suivie d'effet dans l'année de l'acte qui en est dressé. V. art. 9.

19 *bis*. I. Il résulte clairement des termes de l'article 9 : d'une part, que la réclamation ne peut être utilement faite avant la majorité; d'autre part, qu'elle ne peut plus l'être après l'année qui suit la majorité. Cette dernière proposition s'accorde mal avec la constitution de l'an VIII, qui a conféré à tout homme *né et résidant en France* la qualité de *citoyen français*, sous les seules conditions 1° d'être âgé de 21 ans, 2° de se faire inscrire sur le registre civique, 3° de demeurer depuis, pendant un an, sur le territoire

(1) V. au surplus *Proudhon*, Cours de droit français, tom. 1, ch. XII, et Valette sur Proudhon, pag. 200, n. (a).

(Act. 22 frim. an VIII, art. 2). Là, comme on voit, il y a bien condition d'âge, mais point de déchéance après l'âge une fois accompli. En faut-il conclure que l'enfant né en France d'un étranger compris dans la généralité des termes de la loi peut, ou du moins, pouvait, tant que les conditions prescrites par cette loi ont été possibles à remplir (1), s'affranchir, en les remplissant, de la rigueur du délai d'un an, et acquérir ainsi, à tout âge, la qualité de Français, évidemment comprise dans celle de citoyen?

Ce serait là une idée fausse. Il faut reconnaître, au contraire, que l'article 9 du Code civil a modifié l'application de l'article 2 de la loi de l'an VIII; ce dernier article ne concerne pas les étrangers; c'est l'article suivant qui leur est seul applicable. Il est vrai que l'article 2 fut fait dans la supposition que la naissance sur le sol conférerait seule la qualité de Français, et par conséquent l'aptitude à la qualité de citoyen. Mais ce principe ayant été abandonné par le législateur du Code civil, qui s'est, avec bien plus de raison, attaché à l'origine, c'est à la qualité de Français acquise et conservée conformément au Code civil qu'a été subordonnée, depuis la publication de ce Code, l'application de l'article 2 de la constitution de l'an VIII; ainsi, l'enfant né en France d'un étranger ne peut plus l'invoquer tant qu'il n'a pas rempli les conditions prescrites par l'article 9 du Code civil (2).

19 *bis*. II. La réclamation devant avoir lieu, à peine de déchéance, dans l'année de la majorité, il importe de bien préciser cette époque, et, pour cela, de savoir si c'est la loi française ou la loi étrangère qui doit fixer ici la majorité.

En principe, ce doit être la loi étrangère, car le réclamant est encore étranger et par conséquent soumis, pour sa capacité, au statut personnel de son pays. Plusieurs, toutefois, enseignent le contraire par argument tiré d'un autre texte. On se fonde sur l'article 3 de la constitution de l'an VIII, lequel admet à l'âge de 21 ans la déclaration de l'étranger qui, aux conditions prescrites par cet article, veut devenir citoyen français. Or, dit-on, ce qui est admis dans les cas ordinaires doit l'être, à bien plus forte raison, dans un cas particulièrement favorable (3). Je ne puis partager ce sentiment, qui, loin de

(1) Elles ne le sont plus depuis qu'il ne se tient plus de registre civique.

(2) Mais, à l'inverse, l'article 2 est devenu applicable à l'enfant du Français quelque part qu'il soit né (v. C. civ., art. 10).

(3) V. Delv., tom. 1er, pag. 15. n. 1; M. Duranton, tom. 1er, n° 129.

favoriser la personne dont il s'agit ici, me paraît, au contraire, attentatoire à la liberté d'option que la loi française a voulu lui conférer. Tant que le fils de l'étranger est mineur d'après la loi de son pays, il n'a pas, de droit, et n'a peut-être pas de fait, la liberté d'agir suivant sa volonté. Combien donc ne serait-il pas rigoureux de faire alors courir contre lui un délai emportant déchéance? Or c'est ce qui arriverait dans le système que je combats, si, en fait, la majorité de son pays est plus reculée que la majorité française. Tout ce qu'on peut conclure favorablement de la loi de l'an VIII, c'est que la réclamation prescrite par l'article 9 du Code civil pourrait être faite dès l'âge de 21 ans par le fils de l'étranger, quand même il serait encore mineur d'après la loi de son pays; mais on irait ouvertement contre l'esprit du législateur si l'on faisait courir, avant la majorité qui lui est applicable suivant le droit des gens, le délai fatal qui emporte déchéance. Sous ce rapport, il n'y a point même d'argument à tirer de la loi de l'an VIII, puisqu'elle n'établit point de déchéance.

19 *bis*. III. La naissance sur le territoire ne conférant à l'enfant de l'étranger que l'aptitude à devenir français, il est évident qu'il ne peut se prévaloir de cette qualité tant qu'il n'a pas rempli les conditions prescrites. Tout le monde en convient : mais quelques-uns, appliquant ici le principe de l'effet rétroactif des conditions (v. art. 1179), veulent faire remonter à la naissance, qui a conféré l'*aptitude*, la qualité une fois acquise. Ils tirent, à cet effet, argument *à contrario* de l'article 20, qui refuse expressément l'effet rétroactif au *recouvrement* opéré en vertu des articles 10, 18 et 19, mais qui n'applique pas la même règle à la *réclamation* autorisée par l'article 9 (1). Cette doctrine n'est nullement appuyée sur la lettre de la loi, qui n'exprime pas l'idée d'acquisition *conditionnelle* par la naissance; elle est d'ailleurs trop contraire à son esprit pour pouvoir être adoptée. En effet, elle laisserait subsister dans l'état de la personne pendant toute sa minorité une incertitude préjudiciable aux droits des tiers. Or, cette incertitude est en opposition directe aux vues du législateur, qui, pour l'éviter, s'est, dans plusieurs occasions, éloigné des anciens principes, notamment dans l'article 20 (2). Si cet article ne comprend dans sa disposition que des cas de *re-*

(1) V. Toullier, tom. 1er, no 261.
(2) V. aussi art. 27 et 30.

couvrement (proprement ou improprement dit), c'est qu'à ces cas seulement pouvait s'appliquer le doute naissant des anciens principes. Loin donc d'argumenter *à contrario* de cette disposition, il faut en argumenter *à fortiori*. Car, par exemple, si l'enfant dont il s'agit dans l'article 10, plus favorable peut-être, et certainement plus favorisé (1) que celui de l'article 9, est privé du bienfait de la rétroactivité, c'est une raison pour ne pas appliquer à l'un, sans un texte précis, ce que la loi refuse positivement à l'autre (2).

Tout ce qu'on peut prétendre, et ce que j'admettrais volontiers, c'est que la qualité de Français sera acquise du jour de la soumission, lorsque le domicile, comme le prescrit la loi, aura été établi dans l'année de cette soumission. Car il me paraît que la loi a voulu laisser à l'enfant dont il s'agit le choix de sa patrie; c'est donc au jour où sa volonté a été légalement manifestée que l'acquisition doit se référer, lorsqu'en définitive les conditions de cette acquisition ont été remplies. Quant à l'inconvénient de rendre ainsi incertain l'état de la personne dans l'intervalle de la soumission à l'établissement du domicile, il n'est pas grave, à cause de la brièveté du délai.

20. La seconde manière de devenir Français s'applique à l'enfant né en pays étranger d'un Français qui a perdu cette qualité. Son origine française le rend plus favorable encore que l'enfant d'origine étrangère qui a vu le jour en France. Il peut donc, comme celui-ci, mais il peut *toujours*, en remplissant les formalités ci-dessus, recouvrer la qualité que son père a perdue. V. art. 10, al. dernier.

20 *bis*. I. L'enfant dont il s'agit jouit *toujours* du bénéfice qui n'est accordé à l'enfant né en France d'un étranger que dans l'année de sa majorité : c'est-à-dire qu'il n'y a pas ici de déchéance. Mais n'en concluons pas que les conditions exigées puissent être remplies par lui avant sa majorité, car son droit dépend de sa volonté, et l'on ne peut s'attacher qu'à la volonté d'une personne capable (3).

Du reste, quoique la rigueur des principes dût faire exiger la majorité étrangère, j'admets ici sans difficulté l'argument tiré de

(1) Cette faveur consiste en ce que le bénéfice commun aux deux cas est accordé par l'article 10 sans limitation de temps.
(2) V. Delv., tom. 1er, pag. 15, n. 8; M. Duranton, tom. 1er, n° 199.
(3) V. Toullier, tom. 1er, n° 263. *Contrà* Delvincourt, tom. 1er, pag. 15, n. 6

l'acte du 22 frim. an VIII, art. 3, pour qu'on se contente de la majorité française, fixée à l'âge de 21 ans.

20 *bis*. II. La loi n'a pas prévu le cas où l'enfant du Français qui a perdu cette qualité naîtrait en France. Quel qu'en soit le motif, il est certain que cette circonstance ne peut être que favorable à l'enfant, et par conséquent qu'elle ne saurait le priver du bénéfice de notre article, si toutefois il en a besoin. Mais, à cet égard, je distinguerais : si le père qui a perdu la qualité de Français n'a pas acquis une nouvelle patrie qu'il puisse transmettre, l'enfant, suivant la théorie ci-dessus exposée (n° 18 *bis*, IV), sera Français par sa naissance. Dans le cas contraire, il me paraît devoir être traité comme il le serait s'il était né en pays étranger, c'est-à-dire que je lui appliquerais l'article 10 par argument *à fortiori* (1).

20 *bis*. III. La faveur accordée à l'enfant né d'un Français qui a perdu cette qualité s'applique, évidemment, quel que soit le sexe du parent expatrié dont l'enfant, d'après les principes généraux, a dû suivre la condition, *puta*, s'il s'agit de l'enfant naturel né, sans père légalement connu, d'une Française expatriée. Mais j'irais plus loin, et j'accorderais la même faveur à l'enfant né du mariage d'une Française qui a perdu sa qualité en épousant un étranger. Car il suffit qu'un des deux parents ait eu la qualité de Français, pour que les intérêts de l'enfant le rattachent à la France où il a une famille ; dès lors, le motif de la loi me paraît applicable, et cela suffit pour qu'on applique la loi, puisque ses termes le permettent.

20 *bis*. IV. La faveur est bornée à l'enfant *né* d'un Français qui a perdu cette qualité, il ne paraît pas qu'on pût l'étendre aux descendants des degrés ultérieurs. Ceux-là, sans doute, sont bien issus du Français expatrié, mais on ne peut dire qu'ils soient nés de lui.

Une faveur plus grande a été accordée par la loi du 9-15 décembre 1790 à la postérité des religionnaires fugitifs. Aux termes de l'article 22 de cette loi, les descendants, à quelque degré que ce soit, des Français ou des Françaises expatriés pour cause de religion, sont déclarés naturels Français avec jouissance des droits attachés à cette qualité, sous la seule condition de rentrer en France, d'y fixer leur domicile et de prêter le serment civique. Cette faculté, qui n'est limitée par aucun délai, a certainement subsisté jusqu'à la publication du Code civil. Mais je ne pense pas qu'elle subsiste encore hors

(1) V. Delv., tom. 1er, pag. 5; M. Duranton, tom. 1er, n° 127.

des termes de notre article 10, dont la disposition finale a eu certainement en vue les expatriations, suites de nos discordes civiles, et a dû nécessairement les embrasser toutes.

21. La troisième manière d'acquérir la qualité de Français consiste, pour les étrangères, dans leur mariage avec un Français. V. art. 12.

21 *bis*. C'est quand elle épouse un Français que l'étrangère suit la condition de son mari. Alors, en effet, par le consentement qu'elle donne au mariage, elle adopte virtuellement la patrie du chef auquel elle unit son sort, et cette patrie n'a aucune raison pour lui fermer les bras. Mais ce motif n'existe pas pour la femme dont le mari devient Français pendant le mariage. Ce n'est pas que le pays qui accueille le mari ne doive être en général disposé à accueillir la femme, si elle le désire; mais, c'est que celle-ci n'a point à cet égard manifesté de volonté. Je penserais, d'après cela, que la femme de l'étranger peut toujours se faire comprendre dans la naturalisation de son mari; je crois même qu'à cet égard elle participerait à toutes les faveurs dont une position particulière rendrait celui-ci susceptible (*puta*, s'il est dans le cas des art. 9, 10, al. dernier, etc.). Mais il faudra pour cela que les démarches exigées soient faites en commun par le mari et la femme.

22. Mais la manière générale de devenir Français est établie par l'acte du 22 frimaire an VIII (13 déc. 1799), qui, sur ce point, est encore en vigueur. Aux termes de cette loi (art. 3), *un étranger devient citoyen français*, et par conséquent Français, *lorsqu'après avoir atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives.*

Il faut pourtant observer :

1° Que la déclaration d'intention ne suffit pas, si la résidence de l'étranger n'est autorisée par le roi (Avis du conseil d'État du 18 prairial an XI approuvé le 20 (1));

2° Qu'après les conditions remplies, la naturalisation doit encore être prononcée par le roi. V. décret du 17 mars 1809 (2).

(1) Rapporté par *Locré*, Esprit du Code civil, pag. 327 et 328 (édition in-8°).
(2) IV, B. 229, n° 4195.

22 *bis*. La qualité de Français étant distincte de celle de citoyen français, qui ne peut même pas toujours s'y joindre, il y a lieu de s'étonner qu'il n'existe pas dans notre législation d'autre mode général d'acquérir la qualité de Français que l'accomplissement des conditions requises pour devenir citoyen. Sans doute il va bien de soi que l'acquisition du titre de citoyen comprend pour la personne qui l'obtient le titre de Français; mais, ce qu'il y a de bizarre, c'est qu'il faille appliquer, même aux personnes qui ne peuvent prétendre au titre de citoyen, des conditions qui n'ont été établies qu'en vue de ce titre; c'est surtout qu'il en soit ainsi sans même que la loi s'en soit expliquée. Toutefois cela ne fait pas l'objet d'un doute sérieux, et la doctrine sur ce point est constante. Cette doctrine peut se formuler ainsi : toute manière d'acquérir la qualité de citoyen français est une manière d'acquérir la qualité de Français pour ceux-là même à qui la qualité de citoyen ne peut appartenir.

23. Mais les exceptions admises par le Code civil ne sont pas les seules qu'ait subies cette règle générale. Ainsi, dans certains cas, les étrangers peuvent être admis par le roi à jouir du droit de citoyen français après un an de domicile. V. Sen. 19 fév. 1808 (1).

23 *bis*. La jouissance du droit de citoyen à laquelle l'étranger est ainsi admis n'étant subordonnée pour sa conservation dans l'avenir à aucune condition, on ne peut lui reconnaître le caractère de précarité qui s'applique à la jouissance des droits civils conférée par l'article 13. J'en conclus que cette admission constitue une véritable naturalisation, conférant la qualité de Français et de citoyen français, et que cette qualité, transmissible aux enfants à naître de la personne, ne pourra se perdre que par les manières applicables aux Français de naissance.

24. Ainsi encore, les habitants des départements qui avaient été réunis à la France depuis 1791, peuvent, suivant quelques distinctions, être dispensés d'une partie des conditions prescrites par la loi du 22 frimaire an VIII. V. Loi 14 oct. 1814 (2).

24 *bis*. Pour l'intelligence de cette loi il faut d'abord tenir pour

(1) IV, B. 181, nº 3064.
(2) V, B. 45, nº 355.

constant : 1° que la conquête suivie de réunion du territoire confère *ipso facto* la nationalité aux habitants ; 2° que cet effet ne survit pas à sa cause, ou, pour mieux dire, que le même fait qui attribue une patrie par la réunion en attribue une autre par la séparation. C'est là, comme on voit, encore un mode de naturalisation, mais différent des autres en ce qu'il ne s'opère pas pour chacun individuellement et *intuitu personæ;* il a lieu, pour les habitants en masse, comme conséquence de la nationalité du territoire, et tout et autant seulement que durera cette nationalité. Cependant, comme les rapports d'affection ou d'intérêt formés avec la nouvelle patrie pendant la réunion peuvent survivre, pour chacun individuellement, à la séparation, il est juste de faciliter à ceux qui en exprimeraient le désir le moyen de maintenir le lien qui leur est cher, en obtenant, non pas une *naturalisation* proprement dite, mais une *déclaration de naturalité.* Et, si l'on ne doit pas les dispenser entièrement pour cela de la condition d'un séjour prolongé sur le territoire actuel, du moins faut-il admettre quelques adoucissements dans l'accomplissement de cette condition.

En conséquence, la loi divise en trois catégories les habitants des territoires séparés :

1° Ceux qui avant la séparation ont séjourné dix ans sur le territoire actuel ;

2° Ceux qui ont séjourné moins de dix ans ;

3° Ceux qui n'ont pas séjourné.

Pour les deux premières catégories, au moyen d'une déclaration dans les trois mois de la séparation, ils demeurent affranchis de la condition de déclaration préalable, condition que la force même des choses les empêchait d'accomplir lors de l'établissement de leur séjour. Ainsi, les premiers obtiennent immédiatement des lettres de déclaration de naturalité, qui seront également accordées aux seconds après qu'ils auront complété le temps de séjour légal, temps qui peut même en leur faveur être abrégé.

Quant à ceux de la troisième catégorie, ils ont, en général, à remplir, pour l'obtention des lettres *de déclaration de naturalité,* les conditions ordinaires de la naturalisation, en participant à cet égard au bénéfice de l'article 13 du Code civil ; mais la faveur consiste encore en ce que le délai de dix ans peut être abrégé.

25. Nous observons en outre qu'une ordonnance publiée

en même temps que la Charte de 1814, et émanée du même pouvoir, ne subordonne à aucune condition de résidence antérieure, mais seulement à la vérification dans les deux chambres, l'obtention des grandes lettres de naturalisation nécessaires pour élever un étranger à la plénitude de la qualité de citoyen français. Or, on ne peut guère douter qu'aux effets plus importants qu'entraîne cette naturalisation, ne se joignent ceux de la naturalisation ordinaire si celle-ci n'a pas précédé. V. ord. 4 juin 1814 (1).

26. Les Français, de quelque manière qu'ils soient pourvus de cette qualité, jouissent, comme on l'a dit, des droits civils (art. 8). Quant aux étrangers, ils n'y participent que suivant plusieurs distinctions.

A cet égard, le principe général posé par le Code consiste à leur accorder la réciprocité des droits dont jouissent les Français dans leur pays, non en vertu des lois de ce pays, mais en vertu des traités faits avec la nation à laquelle ils appartiennent. V. art. 11; et à ce sujet, art. 726, 912; voy. aussi art. 2123, 2128; C. pr., art. 546.

27. Remarquons toutefois: 1° que notre législateur, en posant cette règle générale, qui, pour le dire en passant, n'est pas conçue en termes restrictifs, n'a jamais entendu refuser, en principe, aux étrangers, comme membres de la grande famille humaine, le bénéfice du droit naturel; ce qui, de l'aveu de tous, permet à l'étranger le mariage (v. art. 12 et 19; voy. aussi art. 47 et 170), les contrats en général (v. art. 14 et 15), la propriété, même territoriale (v. art. 3), et les transmissions ou acquisitions à titre onéreux.

Quant aux acquisitions à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, l'application du principe de réciprocité leur était formellement faite par les articles 726 et 912; mais une loi postérieure abroge formellement ces articles, et proclame en conséquence, sauf une restriction commandée par l'équité, le droit pour les étrangers de succéder, de disposer et de rece-

(1) V, B. 17, n° 134.

voir comme les Français eux-mêmes. V. L. 14 juillet 1819 (1).

27 *bis*. I. Outre le bénéfice du droit naturel, qui appartient toujours à l'étranger, s'il ne lui est refusé par une loi spéciale, il peut encore, sauf les restrictions commandées par l'ordre public, réclamer le bénéfice de la loi de son pays, comme réglant son état et sa capacité par rapport à l'exercice des droits naturels.

Enfin, il peut invoquer même le bénéfice de la loi française, comme régissant les biens situés sur le territoire, pour l'exercice des droits constitués à son profit sur ces biens. Cette loi peut même lui être appliquée, comme raison écrite, pour déterminer l'étendue et le mode d'exercice des droits naturels de tout genre qui ne lui sont pas refusés.

27 *bis*. II. La plupart des règles du droit *civil,* pris dans le sens de droit *privé,* n'étant que la consécration ou l'application des principes du droit naturel, dont l'usage est commun aux Français et aux étrangers, il devient difficile de déterminer quelles dispositions de la loi constituent le droit propre à la cité, dont les étrangers ne peuvent en principe réclamer le bénéfice. J'examine ici rapidement la question :

1° Quant aux droits de famille ou aux modes de protection sociale organisée en faveur de la faiblesse de certaines classes de personnes ;

2° Quant aux droits relatifs aux biens, soit pouvoirs directs ou droits réels, soit simples droits de créance ou d'obligation.

27 *bis*. III. La constitution de la famille, basée sur l'union conjugale, qui produit la filiation légitime et par suite les divers liens de parenté ou d'alliance, a certainement son principe dans le droit naturel.

Il en est de même de la protection sociale accordée à l'âge ou à l'infirmité, par la création d'incapacités légales, et par la soumission des incapables à diverses espèces de pouvoirs, institués pour les assister, diriger ou représenter.

Mais chaque cité a adopté des règles particulières pour l'organisation de la famille, la constitution des incapacités, l'établissement et l'étendue des pouvoirs protecteurs. Or, ces lois organiques, toujours liées plus ou moins directement à l'ordre politique, puisqu'elles établissent une sorte de magistrature domestique, toujours

(1) VII, B. 294, n° 6986.

basées d'ailleurs sur la considération du climat, des mœurs et du degré de civilisation, ne peuvent, on le sent bien, concerner que les nationaux. Cela posé, il est évident que les droits de famille ou de protection sociale, tels qu'ils sont constitués par la loi française, ne peuvent, en vertu de cette loi, être réclamés par les étrangers.

D'autre part cependant, on n'entend pas contester à ceux-ci la capacité de se marier en France, soit entre eux, soit avec des Français, ni refuser à leur mariage, quelque part qu'il ait été contracté, les effets qu'il produit chez tous peuples civilisés, par conséquent la force du lien prohibitif d'une autre union, la légitimité des enfants qui en seront issus, et par suite les rapports de parenté et d'alliance légitimes. On leur reconnaîtra également, en principe, la puissance maritale, la puissance paternelle, mais dépouillées des attributions spéciales de la loi française (1). Pareillement, les rapports de filiation, même illégitime, notamment quant au devoir réciproque de se fournir des aliments, pourront être invoqués par eux, car c'est un effet du pur droit naturel. Enfin, leur état de faiblesse, à raison de l'âge ou du dérangement des facultés intellectuelles, leur donnera droit à la protection sociale ; mais cette protection, renfermée dans ce qu'exigera l'accomplissement du devoir de charité que Dieu a établi entre tous les hommes, ne sera pas nécessairement celle qui est organisée par la loi française.

27 *bis*. IV. Quant aux droits relatifs aux biens (propriété, droits réels de tout genre ou obligations), ils sont en général considérés comme droits naturels, et conséquemment applicables aux étrangers. Mais il n'en est pas de même de tous les modes d'acquérir ou de transmettre ces droits.

A cet égard, notre ancienne jurisprudence, prenant sa base dans le droit romain, distinguait, entre les transmissions ou acquisitions à cause de mort et les transmissions ou acquisitions entre vifs. Ces dernières seules étaient considérées comme de droit naturel. Mais, comme telles, on les reconnaissait sous tous rapports, applicables à l'étranger, qui pouvait en conséquence, non-seulement transmettre, mais acquérir, aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux (2). Au

(1) Incapacité pour la femme de contracter ou d'ester en jugement (art. 215-226); Droit de correction (art. 375-383); Usufruit légal des père et mère (art. 387).

(2) V. Repert. *verb.* Étranger, § I, VI.

contraire, suivant cette théorie, l'étranger ne pouvait, ni acquérir, ni transmettre, même à des Français (1), par succession légitime ou testamentaire. Les biens de l'étranger mort étaient dévolus au roi par droit d'*aubaine*.

Cette théorie fut complétement abandonnée par l'Assemblée constituante, qui supprima d'abord le droit d'aubaine comme contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes (L. 6-18 août 1790), et déclara ensuite les étrangers capables de recueillir les successions de leurs parents, même Français, et de recevoir et de disposer par tous les moyens autorisés par la loi (v. L. 8-15 avril 1791, art. 5).

Mais la générosité de la France n'ayant pas été payée de retour par les étrangers, qui n'avaient plus d'intérêt à nous faire des concessions pour en obtenir de nous, le législateur du Code civil ne crut pas devoir persévérer dans cette voie, et substitua en conséquence au système de concession gratuite le système de réciprocité basée sur les traités.

27 *bis*. V. Du reste, il est bien à remarquer que le principe proclamé d'une manière générale par l'article 11 est spécialement appliqué au droit de succession par l'article 726, en ce qui concerne la capacité de succéder, qu'il l'est par l'article 912 à la capacité de recevoir à titre gratuit, sans distinguer entre les donations entre vifs et les testaments, mais qu'il ne l'est par aucun article spécial à la capacité de transmettre la succession légitime aux parents français, ni à la capacité de disposer à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort, capacité que l'article 902 déclare appartenir à toutes personnes. D'où l'on peut conclure, avec quelque probabilité, que le Code civil n'avait point rétabli le droit d'aubaine aboli formellement par la loi du 6-18 août 1790, ni enlevé à l'étranger la capacité de disposer, même par testament, qu'il tenait de la loi du 8-15 avril 1791; ce qu'il y a de certain, c'est que, sans s'attacher à l'ancienne distinction des transmissions entre vifs et des transmissions à cause de mort, il refusait généralement à l'étranger la capacité d'acquérir à titre gratuit; et dès lors il devient probable qu'il ne s'attachait pas davantage à cette distinction en ce qui concerne la capacité de transmettre d'une manière quelconque à des Français; ce qui est

(1) Cette règle recevait exception en faveur des enfants français. V. Rep. *verb.* Aubaine, *IV*, *in fin.*

sans danger pour la France. La théorie du Code, si je la saisis bien, était d'empêcher les étrangers de s'enrichir aux dépens des Français, mais non de les empêcher d'enrichir des Français.

Quoi qu'il en soit, mieux éclairé, je crois, sur les véritables intérêts du pays, et dans le but d'appeler les capitaux étrangers en améliorant la condition de la propriété des étrangers en France, le législateur de 1819, abrogeant formellement les articles 726 et 912, accorde aux étrangers le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français.

Seulement, pour que le droit de succéder accordé aux étrangers ne constitue pas une injustice envers leurs cohéritiers français qui, en cette qualité, seraient exclus d'une portion des biens du défunt situés hors de France, la loi réserve à ceux-ci le moyen de s'indemniser par un prélèvement sur les biens de France. L. 14 juill. 1819.

27 *bis*. VI. Ajoutons ici une observation sur cette loi que son intitulé présente comme *relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction.* Cet intitulé n'est ni exact, ni complet; il est inexact en ce qui concerne le droit d'aubaine, dont la loi ne dit pas un mot, puisqu'elle ne proclame pas formellement pour l'étranger la capacité de transmettre par succession légitime, et que le droit d'aubaine consistait précisément à s'emparer de la succession de l'*aubain.* Il est de plus fort incomplet, car en proclamant l'étranger capable de succéder, de disposer et de recevoir, on fait bien plus que d'abolir le droit de détraction. Il faut bien reconnaître que le mot droit d'*aubaine* a été employé ici dans un sens impropre, pour désigner toutes les incapacités dont l'étranger pouvait être frappé en matière de transmission à titre gratuit; et, parce que le but de la loi était de lever complétement ces incapacités, sans faire subir aux étrangers, déclarés capables de recevoir, aucun retranchement, on a annoncé l'abolition du droit de *détraction,* qui consistait autrefois à distraire au profit du souverain une portion des successions qu'il permettait à certains étrangers de venir recueillir dans son royaume (1).

Au reste, le silence de la loi sur la restitution du droit de transmettre par succession légitime est un argument de plus pour prouver que le Code civil ne refusait pas en principe ce droit aux étrangers. Au contraire, on peut argumenter du soin que prend le

(1) V. Répertoire *verbo* Détraction.

législateur de conférer le droit de disposer, pour en conclure que ce droit n'était pas indistinctement accordé par le Code. Mais ce dernier argument ne paraît pas bien déterminant en présence des articles 902 et 912.

27 *bis*. VII. Tous autres modes d'acquérir ou de transmettre la propriété ou les droits réels quelconques sont applicables aux étrangers. La prescription, même, doit être comprise dans cette catégorie; car on peut dire qu'elle est devenue de droit naturel, puisqu'elle est usitée partout.

J'excepterais seulement de mon principe la constitution par l'effet direct de la loi, lorsque le droit accordé se lie au système d'organisation de la famille, ou se rattache à une protection sociale purement personnelle. Tels seraient à mon avis l'usufruit légal des père et mère (art. 384) et l'hypothèque légale des femmes et des mineurs (art. 2121).

Ce qu'on a dit de l'acquisition des droits réels doit s'appliquer également à l'extinction de ces mêmes droits. Bien entendu, au reste, que l'acquisition ou extinction s'opérera conformément à la loi française, qui régit les biens objet de ces droits.

27 *bis*. VIII. Quant au droit d'obligation, il est certainement applicable activement et passivement aux étrangers, soit entre eux, soit envers des Français. Mais n'en concluons pas que les dispositions de la loi française en cette matière soient indistinctement applicables aux étrangers ou contre eux, car l'obligation de la personne doit, suivant la théorie ci-dessus exposée, être régie quant à sa formation, son étendue et son extinction, par le statut personnel; ce qui peut présenter d'assez grandes difficultés d'application quand les deux parties n'appartiennent pas au même pays. V. à cet égard ce que j'ai dit ci-dessus, n° 10 *bis*. V.

27 *bis*. IX. La participation non contestée des étrangers aux bénéfices du droit naturel, et la concession pure et simple qui leur est faite du droit de succéder, disposer et recevoir, réduit, comme on voit, à des limites assez étroites l'empire du principe de réciprocité proclamé par l'article 11. Toutefois, ce principe reste entier pour régler l'application possible aux étrangers de certains droits de famille, ou de protection sociale, organisés par la loi française; il reste surtout pour opérer, s'il y a lieu, l'affranchissement de certaines rigueurs spéciales que la loi française a établies contre les étran-

gers : obligation de fournir caution pour plaider en demandant, contrainte par corps, refus du bénéfice de cession (v. *infr.* nos 30 et 31).

Ainsi, pareillement, c'est toujours et uniquement par l'effet des lois politiques ou des traités que les jugements rendus ou les actes passés en pays étranger peuvent être constitutifs d'hypothèque ou susceptibles d'exécution (v. art. 2123, 2128, et C. Pr. 546).

28. Remarquons 2° qu'indépendamment même de la naturalisation, qui ne peut être obtenue que sous les conditions ci-dessus énoncées, il suffit à l'étranger d'être admis par le roi à établir son domicile en France, pour y jouir de tous les droits civils. C'est une faveur principalement introduite en vue de ceux qui, voulant devenir Français, ont besoin, pour parvenir à la naturalisation, de résider un certain temps ; mais cette faveur ne dure que tant que l'étranger continue de résider. V. art. 13.

28 *bis*. I. Observons, quant à cette continuation de résidence :

1° Qu'elle ne dépend pas entièrement de la volonté de l'étranger ainsi domicilié. En effet, le séjour sur le territoire n'étant point un droit pour les étrangers, et cette qualité subsistant jusqu'à la naturalisation, il s'ensuit que le roi, qui accorde l'autorisation, pourrait ensuite la retirer, et faire cesser par l'expulsion la jouissance des droits civils attachée à la résidence (1).

Observons 2° qu'une absence momentanée ne pourrait passer pour discontinuation de résidence, ni par conséquent faire cesser la jouissance des droits civils. Cette jouissance doit en général se conserver, tant que l'étranger conservera le domicile dont elle est la suite (2).

28 *bis*. II La jouissance des droits civils, suite du domicile autorisé, laissant subsister jusqu'à la naturalisation la qualité d'étranger, on tient assez généralement qu'elle ne soustrait point l'étranger ainsi domicilié à l'empire du statut personnel de son pays (3). Je ne contredis pas en général cette doctrine, dans la supposition que l'étranger dont il s'agit conserve encore sa patrie d'origine ; ce qui, en effet, n'est pas impossible ; mais, bien souvent aussi, l'étranger

(1) M. Duranton, n° 144 ; Delv., pag. 16, n. 1.
(2) Delv., tom. 1er, pag. 16, n. 1.
(3) V. arrêt C. R. de Paris 13 juin 1814 (J. P., tom. 40, pag. 187) ; Delvincourt, tom. 1er, pag. 16, n. 1 ; M. Duranton, tom. 1er, n° 141.

domicilié qui jouira du bénéfice de l'article 13 aura déjà perdu son ancienne patrie (1), et cette perte l'aura nécessairement affranchi du statut personnel qui auparavant régissait sa capacité. Quelle loi alors pourrait la régir, si ce n'est la loi française, à l'empire de laquelle il est provisoirement soumis, et dont il peut s'appliquer tous les bénéfices, puisqu'il jouit en France de tous les droits civils?

En outre, et lors même que l'étranger domicilié en France aurait conservé sa patrie, ce n'est pas encore indistinctement qu'on pourrait faire régir sa capacité par la loi de son pays. En effet, s'il s'agissait d'un droit spécialement conféré par la loi française, l'étranger qui, aux termes de l'article 13, serait admis à exercer ce droit inconnu dans la législation de son pays, ne pourrait évidemment être soumis pour cet exercice qu'aux conditions de capacité spéciale exigées par la loi qui crée le droit et qui lui en confère la jouissance. Cela s'appliquerait, par exemple, à l'adoption, si l'on admet que l'étranger autorisé à établir son domicile en France jouit du droit d'adopter ou d'être adopté (2). Il est clair que les conditions d'âge et autres du même genre prescrites par le Code civil lui seraient applicables.

28 *bis*. III. L'autorisation d'établir le domicile en France avec les conséquences favorables que la loi y attache, est nécessairement et de plein droit, commune à toutes les personnes dont le domicile suit celui de l'étranger ainsi autorisé. Cela s'applique sans difficulté à sa femme et à ses enfants mineurs; à plus forte raison à ceux qui lui surviendraient depuis son établissement en France. Quelques-uns vont plus loin à l'égard de ces derniers, qu'ils considèrent comme Français de naissance (3); mais à cet égard une distinction paraît nécessaire: sans doute il en sera ainsi d'après la théorie ci-dessus exposée, lorsque le père, par son établissement en France, aura abdiqué son ancienne patrie (4), et ce cas sera peut-être le plus fréquent; mais si le père conserve encore sa patrie d'origine, il la transmet nécessairement à ses enfants, quelque part qu'ils soient nés, et les enfants dont il s'agit seront réduits au bénéfice de l'article 9; sauf la jouissance des droits civils qui leur appartiendra pendant leur minorité, en vertu de l'autorisation de domicile accordée à leur père.

(1) V. ci-dessus n° 18 *bis*. IV.
(2) V. ci-dessous titre *de l'Adoption*.
(3) V. Delvincourt, tom. 1er, p. 16, n. 1.
(4) V. ci-dessus n° 18 *bis*. IV.

29. Il résulte de ce qui précède que les étrangers, résidant ou non en France, sont reconnus capables de contracter. Le même principe étant admis partout, il peut arriver fréquemment que des étrangers soient obligés envers des Français, ou les aient eux-mêmes pour obligés. Dans ces cas, la loi française, toujours favorable aux nationaux, quand elle peut l'être sans iniquité, permet aux Français de traduire devant les tribunaux français l'étranger obligé envers eux. Cette règle, plus facilement appliquée pour les obligations *contractées* en France avec un Français, est étendue par la loi à celles-là mêmes qui sont *contractées* en pays étranger *envers des Français*. V. art. 14.

Non moins juste, au reste, envers l'étranger, la loi l'autorise à traduire le Français devant les tribunaux de France pour les obligations contractées par celui-ci, même en pays étranger. V. art. 15.

29 *bis*. I. L'article 14 prévoit deux cas :

1° Celui d'obligations contractées en France *avec un Français;*

2° Celui d'obligations contractées en pays étranger *envers des Français.*

Dans le premier, il permet de *citer* devant les *tribunaux français* pour l'*exécution des obligations;*

Dans le second, il permet de *traduire* devant les *tribunaux de France* pour les *obligations.*

Ne cherchons ici aucune différence entre obligations contractées *avec un Français* et obligations contractées *envers des Français,* ni entre les *obligations elles-mêmes* et *leur exécution.* N'en cherchons pas davantage entre *citer* et *traduire,* ni entre *tribunaux français* et *tribunaux de France.* La pensée évidente du législateur est que l'étranger peut être appelé devant les tribunaux français pour les obligations contractées envers un Français, soit que ces obligations aient été contractées en France ou en pays étranger (1). La rédaction de l'article 14 est donc vicieuse en ce qu'elle distingue deux cas pour les soumettre à la même règle formulée deux fois en termes

(1) V. Delvincourt, tom. 1er, pag. 16; Toullier, tom. 1er, n° 265; Proudhon, tom. 1er, pag. 158 (éd. de 1842).

différents mais équivalents. Ce vice tient à ce que la rédaction primitive avait été faite en vue d'une différence admise au conseil d'État entre les deux cas. Dans l'un, celui d'obligations contractées en France, la compétence des tribunaux français était appliquée à l'étranger *même non résidant en France;* dans l'autre, celui d'obligations contractées en pays étranger, elle ne l'était qu'à l'étranger trouvé en France (1). Mais cette différence a disparu dans la rédaction définitive par la suppression des mots, *et s'il est trouvé en France*, qui commençaient la seconde partie de l'article. Ainsi, les deux cas se sont trouvés assimilés (2).

29 *bis.* II. La disposition qui permet de traduire l'étranger devant les tribunaux français, pour l'exécution de ses obligations envers un Français, est une dérogation à la règle de droit commun : *Actor sequitur forum rei.* C'est une faveur que la loi accorde aux Français, et qu'elle peut leur accorder sans iniquité toutes les fois que l'obligation de l'étranger naît d'un fait qui lui est personnel, car il pouvait éviter la juridiction française en s'abstenant du fait qui l'oblige envers un Français. Aussi, ne m'attacherais-je pas à la lettre du mot *contractées* pour borner aux obligations résultant des contrats l'application de l'article 14; je l'appliquerais, *à fortiori,* aux obligations résultant d'un délit ou quasi-délit commis envers un Français. Seulement pour les quasi-contrats, je distinguerais si l'étranger est ou non l'auteur du fait volontaire qui l'oblige envers le Français. Ainsi, en cas de gestion d'affaires, j'accorderais sans difficulté au maître français le droit de traduire devant les tribunaux français le gérant étranger, mais je ne verrais pas comment justifier en principe l'appel du maître étranger devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations que lui aurait imposées, sans sa participation, le fait du gérant français. Je m'en tiendrais donc alors à la règle *Actor sequitur forum rei.*

Quant aux engagements résultant de l'autorité seule de la loi (voy. art. 1370), il n'en peut être question ici. Car, la loi française ne saurait, en général, imposer d'obligations de ce genre aux étran-

(1) V. 1re rédaction, séance du 6 therm. an IX, art. 8; 2e rédaction, séance du 14 therm. an IX, art. 9. Cet article n'a subi aucun changement dans les rédactions subséquentes qui ont précédé la première présentation de ce titre; il se retrouve dans la rédaction communiquée au tribunat, où il ne paraît même avoir fait l'objet d'aucune observation. On ignore ce qui a amené le changement qu'il a subi dans la rédaction définitive.

(2) V. C. c., rej. 7 septembre 1808 (J. P., tom. 23, pag. 33).

gers, dont elle ne règle pas la capacité. Toutefois ma proposition, évidemment, ne s'applique pas aux engagements entre propriétaires voisins, désignés ailleurs par le Code sous le nom de servitudes (art. 651, 652), et dépendant, à ce titre, du statut réel. A leur égard, la compétence serait réglée comme en matière réelle.

29 *bis*. III. La disposition de l'article 15 qui, sans égard au lieu où l'obligation a pris naissance, permet à l'étranger de traduire devant les tribunaux de France le Français obligé envers lui, n'est point une faveur, c'est simplement justice, et application des principes du droit commun. Aussi, ne doit-on pas hésiter à suivre cette règle, de quelque cause que provienne l'obligation du Français envers l'étranger.

29 *bis*. IV. Mais quand il s'agit d'engagements entre étrangers, les articles 14 et 15 sont inapplicables, et l'on ne verrait aucune raison pour justifier en pareil cas la compétence des tribunaux français. Ainsi l'étranger, cité par un autre étranger devant un tribunal français, pourra certainement demander le renvoi devant son juge naturel. S'il ne le demande pas, le tribunal aura sans doute le droit de juger, puisqu'il y aura alors consentement des deux parties; mais il n'y est pas obligé, et dès lors il pourra, sans déni de justice, prononcer d'office le renvoi (1).

Toutefois, cette doctrine n'aurait pas d'application en matière commerciale, parce que dans le commerce on fait abstraction de la qualité d'étranger; dès lors, l'article 420 du Code de procédure règlerait la compétence.

En outre, je n'hésiterais pas à reconnaître la compétence des tribunaux français, en matière personnelle même non commerciale, si l'étranger défendeur était admis à établir son domicile en France.

29 *bis*. V. Les articles 14 et 15, expliqués comme ils viennent de l'être, déterminent clairement la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, en matière personnelle. Quant à la matière réelle, il est évident que la compétence se détermine, indépendamment de l'état ou de la patrie des plaideurs, par la situation de l'objet litigieux. Il est tout simple, en effet, que le statut réel soit appliqué par les tribunaux du territoire régi par ce statut. Si donc il s'agit de déclarer la propriété d'un bien soumis au statut réel

(1) C. c., rej. 22 janvier 1806 (J. P., tom. 16, pag. 311), C. c., rej. 28 avril 1818 (*ibid.*, tom. 63, pag. 319).

français (1), ou les charges qui grèvent ce bien, c'est devant les tribunaux français que la question doit être portée; et ce, quand même les deux parties seraient étrangères.

29 *bis*. VI. De même en matière criminelle, l'infraction commise sur le territoire devant être réprimée par la loi de police et de sûreté qui régit le territoire (voy. art. 3), les tribunaux territoriaux sont évidemment compétents pour statuer sur cette répression. Ainsi, l'étranger, comme le Français, est justiciable des tribunaux français, pour les crimes, délits ou contraventions commis en France, soit envers un Français, soit envers un étranger.

A l'égard des infractions commises hors du territoire, soit par des Français, soit par des étrangers, la répression n'en appartient de droit qu'aux tribunaux étrangers. Cependant, cette règle reçoit deux exceptions : 1° à l'égard de certains crimes, principalement dirigés contre la sûreté ou la paix de la société française; 2° à l'égard des crimes commis contre des Français. Mais la première exception seule s'applique aux étrangers auteurs ou complices des crimes dont il s'agit; encore faut-il pour cela qu'ils soient arrêtés en France ou que le gouvernement obtienne leur extradition. Quant à la seconde bornée aux seuls Français, elle ne peut même leur être appliquée que sous trois conditions : ainsi, il faut que le coupable soit de retour en France; qu'il n'ait pas été poursuivi et jugé en pays étranger; enfin, que le Français offensé rende plainte. V. C. instr. crim., art. 5, 6 et 7.

30. Le demandeur étranger ne présentant en général aucune garantie pour le paiement des frais et des dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné par suite d'une attaque imprudente, la loi l'astreint, dans l'intérêt du défendeur, à fournir la caution appelée par les auteurs *judicatum solvi*. Cette obligation de fournir caution a lieu en toute matière, soit réelle, soit personnelle, sauf l'exception réclamée par la faveur du commerce; mais l'effet cessant avec

(1) On sait, au reste, que les biens régis par la loi française sont les immeubles situés en France, et les meubles possédés par un Français. Quant aux meubles possédés en France par un étranger, la rigueur du principe obligerait à porter à leur égard les actions réelles devant le tribunal étranger, dont la compétence, sur ce point, nous paraît incontestable (v. ci-dessus n° 10 *bis*. II). Toutefois, il est permis de croire que la situation accidentelle du bien meuble en France pourrait, suivant les cas, communiquer cette compétence au tribunal local.

la cause, l'étranger est dispensé de fournir caution quand il possède des immeubles, ou même quand il consigne somme suffisante. V. art. 16; C. pr., art. 166, 167; voy. aussi art. 2041.

30 *bis*. I. La caution est exigée dans l'intérêt du défendeur, pour lui assurer le recouvrement des frais et dommages auxquels le procès l'expose, et que le demandeur, s'il succombe, devra supporter en définitive (C. civ., art. 1382; C. proc., art. 130).

Le demandeur pourrait bien avoir un intérêt du même genre à exiger caution du défendeur étranger; mais il serait inique d'y soumettre celui-ci, car la défense est de droit naturel.

Le défendeur, seul intéressé à ce que la caution soit fournie, peut y renoncer; il est censé y renoncer s'il n'en fait pas la réquisition avant toute exception ou défense (C. proc., art. 166).

30 *bis*. II. Le droit d'exiger caution du demandeur étranger pourrait être considéré comme une protection particulière accordée par notre loi civile aux nationaux contre les étrangers, et, à l'égard de ceux-ci, comme une rigueur dont l'exercice se restreindrait à ceux dans l'intérêt desquels elle est établie. C'est ainsi que, en matière de contrainte par corps, l'application des règles spéciales établies contre les étrangers n'est permise par la loi qu'aux seuls Français (L. 17 avril 1832 (1), art. 14 et 15).

On pourrait conclure de là avec M. Duranton (2), que l'étranger dans les cas où il peut être cité devant les tribunaux français, *v. gr.* en matière réelle, ne pourrait exiger caution du demandeur étranger comme lui. Mais la loi ne distinguant pas, je ne vois pas pourquoi nous refuserions à l'étranger justiciable des tribunaux français la protection accordée par la loi française; je crois donc que le défendeur, même étranger, pourrait exiger caution de l'étranger demandeur. C'est l'avis de Delvincourt, qui invoque l'ancienne jurisprudence (3).

30 *bis*. III. La caution peut être exigée de tous étrangers demandeurs (C. proc., art. 166). Il faudrait pourtant en excepter l'étranger admis à établir son domicile, puisqu'il jouit de tous les

(1) IX, part. 1, B. 73, n° 158.
(2) M. Duranton, tom. 1er, n° 166.
(3) Delv., tom. 1er, pag. 16, n. 10. V. aussi Boitard, 27e leçon, tom. 2, pag. 10 et 11.

droits civils (art. 13). A cette exception il faut joindre celle qui pourrait résulter des traités (art. 11).

La règle s'applique au demandeur intervenant, comme au demandeur principal (C. proc., art. 166). Remarquons, au reste, qu'un intervenant n'est vraiment demandeur qu'autant qu'il intervient contre les deux parties ou qu'il intervient pour le demandeur principal; *secùs*, si c'est pour le défendeur.

Je ne considérerais pas non plus comme proprement demandeur, soumis à la caution, l'étranger défendeur qui formerait une demande réconventionnelle.

L'appel ne peut être regardé comme une nouvelle demande; ainsi, l'étranger appelant ne doit point caution, soit qu'il fût défendeur en première instance, car son appel n'est que la continuation de sa défense; soit que, demandeur en première instance, il n'y ait pas été assujetti par le défendeur, qui alors a renoncé à son droit en ne requérant pas la caution avant toute exception.

Ce que je dis de l'appel, je ne l'appliquerais pas aux voies extraordinaires pour attaquer les jugements. Ainsi, l'étranger demandeur en requête civile ou en cassation me paraît obligé à fournir caution. Il y a là vraiment nouvelle demande, car le procès était terminé par l'épuisement des deux degrés de juridiction.

30 *bis*. IV. La caution peut être exigée *en toutes matières autres que celles de commerce*. Ainsi, elle peut l'être même devant les tribunaux criminels, correctionnels ou de police, lorsque l'étranger se portera partie civile.

30 *bis*. V. L'objet du cautionnement à fournir est le paiement des frais et dommages-intérêts auxquels le demandeur pourrait être condamné (C. proc., art. 166).

Puisqu'il ne s'agit ici que de l'intérêt du défendeur, il est clair que les frais dont le paiement doit être ainsi garanti sont uniquement ceux dont le défendeur sera tenu, sauf recours, *v. gr.* le salaire des officiers ministériels qu'il emploiera; mais la caution ne serait pas tenue des amendes que le demandeur encourrait, *putà*, pour fol appel (1), ni davantage des salaires des officiers qu'il aura lui-même employés et qui ont suivi sa foi.

Quant aux dommages-intérêts, les seuls dont il soit dû caution

(1) Delv., pag. 16, n. 8, il cite Bacquet; Proudh. et Valette, tom. 1er, ch. XI, sect. I, pag. 157.

sont ceux qui résultent du procès (C. civ., art. 16), et qui consisteront dans le tort causé au défendeur par l'attaque imprudente ou malicieuse de l'étranger.

Le montant de ces frais et dommages-intérêts ne sera bien connu qu'après le jugement; mais il est nécessaire d'en fixer dès l'abord le montant approximatif, pour déterminer jusqu'à quelle concurrence la caution doit être fournie. Cette détermination a lieu par le jugement même qui ordonne la caution (C. proc., art. 167).

30 *bis*. VI. L'obligation de fournir caution peut se remplir par équivalent.

Ici d'abord, comme dans tous les cas de cautionnement légal ou judiciaire, doit s'appliquer la faculté de donner à la place d'une caution si on ne *peut pas la trouver*, un gage en nantissement suffisant (art. 2041). En outre, la loi indique spécialement comme moyen d'être dispensé de fournir caution, la consignation de la somme fixée par le tribunal (C. proc., art. 167) ou la possession d'immeubles situés en France et suffisants pour en répondre (C. civ., art. 16; C. proc., art. 167).

30 *bis*. VII. La possession d'immeubles ne dispense l'étranger de fournir caution qu'autant que ces immeubles sont d'une valeur suffisante pour répondre de la somme fixée par le tribunal (C. civ., art. 16; C. proc., art. 167). Il est évident dès lors qu'on ne doit avoir égard qu'à la valeur libre, c'est-à-dire non absorbée par les hypothèques existantes. Mais cette garantie même peut être ou devenir illusoire si l'on n'accorde pas au défendeur une hypothèque jusqu'à concurrence de la somme fixée. Frappé de cette considération, Delvincourt n'hésite point à reconnaître droit à cette hypothèque, dont il trouve d'ailleurs la base dans l'acte judiciaire par lequel le tribunal constate la valeur des immeubles et dispense, en conséquence, de fournir caution (1). Ce sentiment n'est pas partagé par MM. Toullier et Duranton (2), qui pensent que ce serait ajouter à la rigueur de la loi.

Je pense, en effet, que le jugement dont il s'agit ne peut emporter hypothèque, ni à titre de jugement proprement dit, ni à titre d'acte judiciaire. Car, en tant qu'acte judiciaire, il n'est pas du nombre de ceux à qui cet effet est attaché par l'article 2123; en tant que

(1) Delv. (pag. 16, n 9).
(2) V. Toullier, tom. 1er, no 265 [1]; M. Duranton, tom. 1er, no 161 [2].

jugement, il ne porte pas de condamnation. Vainement dirait-on qu'il est constitutif d'obligation, puisqu'aux termes de l'article 167 du Code de procédure il ordonne la caution. Il n'en est pas moins vrai que c'est, en définitive, non à l'exécution qu'aboutit son dispositif, mais à la dispense de cette obligation (C. civ., art. 16; C. proc., art. 167).

Quant aux dangers signalés par Delvincourt, il y a moyen d'y parer. Car le tribunal constitué juge de la suffisance de la valeur des immeubles, peut, suivant les circonstances, n'admettre les immeubles comme suffisants qu'à condition d'une affectation hypothécaire.

31. Toujours à raison du défaut de garantie offerte par un étranger non domicilié, les condamnations portées contre lui entraînent la contrainte par corps; il peut même être provisoirement arrêté avant la condamnation. Mais, comme de raison, ces rigueurs ne sont autorisées par la loi qu'au profit des Français. Leur exercice d'ailleurs est sujet à quelques modifications et adoucissements (v. Loi 17 avril 1832 (1), art. 14-18).

Du reste, les motifs qui ont fait admettre la contrainte par corps contre l'étranger ne permettent pas de lui appliquer le bénéfice de cession (C. pr., art. 905).

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

32. C'est pour les Français que sont établis les droits civils, dont les étrangers n'ont jamais qu'une jouissance précaire et subordonnée à certaines conditions. Ils se perdent donc avec la qualité de Français. On conçoit, en outre, que le citoyen qui, par ses crimes, porte le trouble dans la société, puisse être exclu des avantages sociaux; c'est sur ce principe qu'est fondée la privation des droits civils par suite des condamnations judiciaires.

(1) IX, 1re partie, B, 73, n° 158

SECTION I.

De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.

33. Tout citoyen se doit à sa patrie; les devoirs que la patrie impose à ses enfants ne souffrent point de partage; on ne peut donc avoir deux patries. On doit conclure de là que tout Français abdique et perd cette qualité lorsqu'il adopte une patrie étrangère, soit en s'y faisant naturaliser (art. 17-1°); soit en se dévouant à son service, par acceptation de fonctions publiques (art. 17-2°), et à plus forte raison par enrôlement sous les drapeaux, ou par affiliation à une corporation militaire (art. 21-al. 1); soit en y formant un établissement sans esprit de retour (art. 17-3°), caractère qu'on ne peut s'empêcher de reconnaître au mariage contracté par une femme française avec un étranger (art. 19-al. 1).

Le Français qui perd sa qualité devient étranger; mais la faveur de l'origine que nous avons déjà vue s'attacher à l'enfant qui naîtrait de lui en pays étranger, peut s'appliquer à lui-même pour lui procurer la facilité de recouvrer la qualité perdue. Toutefois, il faut distinguer à cet égard entre les diverses causes qui entraînent cette perte (art. 18, 19-al. 2, 21-al. 2). Et dans aucun cas, le respect des droits acquis ne permet de donner au recouvrement d'effet rétroactif (art. 20).

34. Cela posé, la qualité de Français se perd :

1° Par la naturalisation en pays étranger, mais seulement après que cette naturalisation est acquise. V. art. 17-1°.

2° Par l'acceptation de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger; et toutefois cet effet n'est avec raison attribué qu'à l'acceptation non autorisée par le roi. V. art. 17-2°.

3° Par un établissement quelconque en pays étranger, pourvu qu'il soit fait sans esprit de retour. On sent, au reste, sans qu'il soit besoin de s'en expliquer, que l'esprit de retour

doit se juger d'après les circonstances; mais la nature des établissements de commerce devant plutôt faire supposer la conservation que la perte de l'esprit de retour, la loi dit qu'*ils ne pourront jamais* être considérés comme ayant été faits sans cet esprit. V. art. 17-3° et al. dernier.

34 *bis*. I. L'effet attribué par la loi à la *naturalisation* ne peut s'appliquer qu'à une naturalisation véritable, c'est-à-dire à un acte qui assimile la personne étrangère aux naturels du pays. On a élevé la question de savoir si l'on doit voir un acte de ce genre dans la *denization* qui s'accorde en Angleterre par lettres patentes du roi, à la différence de la naturalisation proprement dite qui s'accorde par acte du parlement.

La négative jugée autrefois par arrêt du parlement de Normandie du 8 août 1647 (1) a été de nouveau jugée par la cour de cassation. Cass., 19 janv. 1819 (2); *Item*, C. cass., rej., 29 avril 1822 (3).

34 *bis*. II. Ce que dit la loi de l'établissement de commerce n'autorise pas à en conclure par argument *à contrario* que tout établissement non-commercial soit, de plein droit, supposé fait sans esprit de retour. Au contraire, cette circonstance, à laquelle est attachée la perte de la qualité de Français, a toujours besoin, en principe, d'être prouvée par celui qui conteste au Français sa qualité originaire.

D'un autre côté, on ne peut non plus admettre que la nature de l'établissement de commerce fasse tellement présumer l'esprit de retour qu'elle exclue absolument la preuve contraire.

Où donc est la différence? La voici : c'est que tout autre établissement peut suivant sa nature et les circonstances qui l'accompagnent être jugé fait sans esprit de retour, tandis que l'établissement de commerce en lui-même, comme aussi tout ce qui a pu être fait en vue de cet établissement, doit être mis hors de question lorsqu'il s'agira de juger si le Français a conservé ou non l'esprit de retour.

35. Dans les trois cas ci-dessus, la qualité de Français peut *toujours* se recouvrer en faisant cesser les causes qui l'avaient fait perdre, c'est-à-dire en rentrant en France avec

(1) Cité par Basnage sur l'article 235 de la Coutume de Normandie.
(2) J. P., tom. 53, pag. 477.
(3) *Ibid.*, tom. 71, p. 5.

l'intention de s'y fixer, et en renonçant, s'il y a lieu, à *toute distinction contraire à la loi française* (1).

Toutefois, le retour en France ne produit cet effet qu'autant qu'il est autorisé par le roi; et l'intention doit être déclarée, ainsi que la renonciation aux distinctions. V. art. 18.

36. La qualité de Français se perd 4°, pour les femmes : par leur mariage avec un étranger. V. art. 19-al. 1.

Mais la mort du mari faisant cesser la cause qui produisait l'expatriation, la femme veuve peut recouvrer sa qualité. Il paraît même qu'elle la recouvre de plein droit si elle réside en France. Autrement, il faut, comme dans les trois cas précédents, la rentrée en France avec autorisation, et la déclaration d'intention. V. art. 19-al. dernier.

36 *bis*. Il ne faudrait point assimiler à la femme qui épouse un étranger, celle dont le mari deviendrait étranger pendant le mariage, car ici la femme n'aurait pas consenti à devenir étrangère. Ce consentement ne pourrait même résulter du fait qu'elle aurait suivi en pays étranger le mari qui s'y est établi sans esprit de retour; car la femme n'était pas libre de suivre ou non son mari (voy. art. 214); seulement, on pourrait juger d'après les circonstances que la femme elle-même a perdu l'esprit de retour et lui appliquer alors l'article 17-3° (1).

37. Quelle que soit la faveur de l'origine qui, dans les quatre cas précédents, et au cas de l'article 10, fait recouvrer la qualité de Français, ce recouvrement n'en est pas moins une acquisition nouvelle de cette qualité, qui a bien réellement cessé jusqu'à l'accomplissement des conditions prescrites. C'est donc uniquement aux droits ouverts depuis cet accomplissement que doit rigoureusement s'appliquer la

(1) Cette renonciation paraît n'avoir été prescrite qu'en vue de la disposition, aujourd'hui retranchée du Code, qui faisait perdre la qualité de Français par affiliation à une corporation exigeant des distinctions de naissance. La suppression de l'une semble rendre sans objet l'autre disposition. Toutefois, on peut encore donner un sens à celle-ci en l'appliquant aux fonctions publiques acceptées d'un gouvernement étranger. Il est certain, en effet, que le Français qui aurait ainsi perdu sa qualité ne pourrait la recouvrer qu'en abdiquant les fonctions, ou en se faisant autoriser à les conserver.

(2) V. Delv., tom. 1er, pag. 13, n. 6; M. Duranton, tom. 1er, no 189.

capacité qui en est la suite. Mais, pour prévenir à cet égard toute incertitude, la loi consacre ici formellement cette rigueur de principes. V. art. 20.

38. La qualité de Français se perd 5°: en prenant du service militaire chez l'étranger, ou en s'affiliant à une corporation militaire étrangère. Toutefois, ici, comme pour l'acceptation de fonctions publiques, l'autorisation du roi, justifiant suffisamment la conduite du Français, le préserve de toute conséquence fâcheuse. V. art. 21-al. 1.

Mais en l'absence de l'autorisation, ce cas d'expatriation est traité avec raison par la loi plus rigoureusement que tous les autres. Non-seulement il efface entièrement la faveur de l'origine en ne laissant au Français, pour recouvrer cette qualité, que les moyens ouverts à l'étranger pour l'acquérir; mais il lui fait même interdire l'entrée du territoire sans la permission du roi : le tout sans préjudice des peines qu'il encourrait, d'après la loi criminelle, s'il avait porté ou s'il portait les armes contre la patrie. V. art. 21-al. dernier.

39. Telles sont, sur l'expatriation des Français, les dispositions du Code civil. La théorie du législateur est fort simple. Elle consiste à considérer comme abdication de la patrie l'adoption d'une patrie nouvelle, et à priver, par voie de conséquence, de la jouissance des droits civils, qui appartient à tout Français, celui qui a perdu cette qualité. Cela posé, le Français expatrié se confond entièrement avec les autres membres de la cité à laquelle il s'est agrégé, et l'article 11 lui devient applicable. Seulement : 1°, hors le cas spécial de l'article 21, il conserve la faveur de l'origine pour recouvrer la qualité perdue, plus facilement qu'elle ne pourrait être acquise par celui qui ne l'a jamais eue; 2° il n'est jamais tellement affranchi de ses devoirs envers son ancienne patrie qu'il lui soit permis de porter les armes contre elle.

On le voit, dans ce système, l'abdication de la patrie est un fait libre, et qui n'entraîne aucun blâme. Toutefois, un seul cas d'expatriation est considéré comme fait blâmable:

c'est l'acceptation non autorisée de service militaire, ou, ce qui revient au même, l'affiliation à une corporation militaire. Du reste, la rigueur de la loi consiste uniquement alors à retrancher entièrement la faveur de l'origine et à interdire le territoire.

Mais cette théorie du Code civil a été fortement modifiée par la législation impériale, qui, tout irrégulière qu'elle est dans sa forme, puisqu'elle n'a pas été décrétée par le corps législatif, peut cependant, suivant la doctrine généralement admise et fondée sur l'article 59 de la Charte (68 de la Charte de 1814), être considérée comme en vigueur, s'il n'y a été dérogé, soit par la Charte elle-même, soit par une loi antérieure ou postérieure à la Charte (1).

40. Les changements annoncés résultent de deux décrets impériaux : l'un du 6 avril 1809 (2), l'autre du 27 août 1811 (3).

Le premier, qui, du reste, se rattache plutôt au droit criminel qu'au droit civil, objet de ce cours, s'éloigne de la théorie de notre Code par l'obligation qu'il impose aux Français attachés au service d'une puissance étrangère, ou établis seulement chez une nation étrangère, de rentrer en France dans les cas qu'il détermine, notamment quand ils sont rappelés; et par les peines rigoureuses dont il frappe la désobéissance, qui n'entraînait pour conséquence naturelle que l'abdication de la patrie (4).

41. Le décret du 26 août 1811 annonce une intention plus générale : envisageant l'abandon de la patrie relativement au

(1) V. ci-dessus Introd., n° 42 *bis*. III.
(2) IV, B. 232, n° 4296.
(3) IV, B. 387, n° 7186.
(4) Cette désobéissance est, dans certains cas, assimilée au fait d'avoir porté les armes contre la France, et entraîne la peine de mort (art. 2, 19, 26, 29). Dans toute autre cas elle entraîne la mort civile, érigée là en peine principale (art. 22, 24, 28 et 29); ces peines sont toujours accompagnées de confiscation. En outre, le décret soumet tous les cas qu'il embrasse à la juridiction des cours spéciales avec une procédure particulière.

Nous verrons bientôt si ce décret, certainement restreint dans son application par le décret de 1811, et qui ne peut plus s'exécuter quant à la compétence des cours spéciales et à la confiscation (Ch. const., art. 53, 54, 57), est resté d'ailleurs en vigueur.

droit politique et à l'ordre général de l'État, il se propose de compléter, sous ce rapport, la législation. Son principe est que la naturalisation du Français en pays étranger sans motifs légitimes peut constituer un acte de félonie; il se trouve ainsi conduit à soumettre la naturalisation à l'autorisation du chef de l'État. V. D., art. 1 et 2.

Dans ce système, la naturalisation non autorisée est défendue et devient un fait punissable, qui n'entraîne pas seulement la perte de la qualité de Français (1). Au contraire, la naturalisation autorisée, étant toujours supposée avoir des motifs légitimes, est traitée avec indulgence; elle entraîne bien toujours la perte de la qualité de Français, mais elle laisse subsister en faveur de l'expatrié, indépendamment des traités existants avec sa nouvelle patrie, les droits importants de transmission et de succession. V. D., art. 3.

Quant à ses enfants, auxquels les articles 9 et 10 du Code civil restent applicables, il leur est fait, d'ailleurs, réserve des droits ouverts à leur profit pendant leur minorité et dans les dix ans de leur majorité. V. D., art. 4.

Remarquons ici que ces faveurs sont devenues sans objet depuis la publication de la loi du 14 juillet 1819, puisque les droits civils réservés sont aujourd'hui communs à tout étranger.

Quant à la naturalisation non autorisée, à laquelle est assimilée l'entrée sans permission au service d'une puissance étrangère (D., art. 25), elle entraîne perte des biens, confiscation, incapacité de succéder, déchéance des titres de noblesse et de leur dotation, exclusion des ordres impériaux avec défense d'en porter la décoration, interdiction du territoire français, expulsion en cas de violation, et détention en cas de récidive (D., art. 6-11).

Ces rigueurs sont appliquées même aux faits antérieurs de

(1) Il en est de même de l'entrée sans permission au service d'une puissance étrangère. V. D., art. 17 et 25; v. à ce sujet, avis du conseil d'État, du 21 janvier 1812 (IV, B. 415, n° 7602).

naturalisation ou d'entrée au service étranger, si l'autorisation n'est obtenue dans un certain délai à partir de la publication du décret. V. D., art. 14, 16, 26; et à ce sujet, av. du conseil d'État du 21 janvier 1812 (1).

Toutes, au surplus, peuvent cesser par l'effet de lettres de relief délivrées dans une certaine forme, mais ne peuvent cesser autrement (D., art. 12 et 15).

Le décret, d'ailleurs, rappelle le droit commun contre les Français de toute catégorie qui porteraient les armes contre la France (D., art. 5 et 13).

Il indique les conditions et restrictions sous lesquelles peut être accordée l'autorisation d'entrer au service d'une puissance étrangère (D., art. 17-27). Il se réfère au décret de 1809, qu'il annonce pourtant l'intention d'abroger ou modifier en partie, mais dont il déclare la pénalité applicable à ceux qui, autorisés ou non à entrer au service étranger, y resteraient après la guerre déclarée. Il termine en spécifiant le cas où ceux qui seraient restés au service étranger après la guerre déclarée seraient considérés comme ayant porté les armes contre la France; il suffit, mais il faut *qu'ils aient continué à faire partie d'un corps militaire destiné à agir contre la France ou ses alliés.* V. D., art. 18 et 27.

41 *bis.* I. De ces deux articles combinés, je n'hésite pas à conclure avec mon honorable confrère M. Valette (2) : 1° que la pénalité du décret de 1809 a cessé d'être applicable au seul fait de n'être pas rentré en France, pourvu qu'on ait quitté le service étranger; 2° que les divers cas assimilés par le décret de 1809 au fait d'avoir porté les armes contre la France sont réduits au seul cas que spécifie le décret de 1811, qui, sous ce rapport, peut passer pour une juste application de l'article 75 du Code pénal. Mais, en présence de l'article 18, qui soumet ceux qui sont compris dans sa disposition à toutes les peines portées par le décret de 1809, il est difficile de soutenir que le nouveau décret entendît affranchir de la peine de mort civile, prononcée par les articles 22, 26 et 28 du décret pré-

(1) IV, B. 415, n° 7602.
(2) V. M. Valette sur Proudhon, tom. 1er, pag. 183-186.

cédent, ceux qui, en cas de guerre ou de rappel, n'auraient pas quitté le service étranger. Toutefois, il reste à savoir si cette peine de mort civile n'était pas déjà tombée par la publication du Code pénal de 1810, qui ne la reproduit pas, et si la disposition obscure du décret de 1811 a suffi pour la faire revivre (1). Dans tous les cas, je pense que cette peine n'a pu survivre à la chute du gouvernement impérial, car j'en vois l'annulation virtuelle dans le sénatus-consulte du 3 avril 1814 (2), qui, prononçant la déchéance de l'empereur, la fonde, entre autres griefs, sur l'émission de décrets inconstitutionnels portant *peine de mort* (3).

Selon moi donc le décret de 1809, depuis la Charte de 1814, qui a aboli la confiscation et la juridiction extraordinaire des cours spéciales (Ch. de 1814, art. 62, 63, 66; Ch. de 1830, art. 53, 54, 57), n'est demeuré en vigueur que dans sa partie réglementaire, c'est-à-dire en ce qui concerne le mode d'opérer le rappel des Français et de constater leur retour sur le territoire, car on comprend que ce rappel pourrait toujours être pratiqué et la désobéissance constatée, ne fût-ce que pour établir que le Français a perdu l'esprit de retour, ou afin de faire cesser l'effet de la permission par lui précédemment obtenue d'entrer au service d'une puissance étrangère (4).

41 *bis*. II. Quant au décret de 1811, qui, sauf le renvoi au décret de 1809, sur l'effet duquel nous nous sommes suffisamment expliqués, ne prononce pas la peine de mort hors des termes du Code pénal, il n'y a pas lieu à le considérer comme annulé par le sénatus-consulte du 3 avril 1814; il subsiste donc, non-seulement dans sa partie réglementaire, concernant le mode et la forme des autorisations à obtenir, mais même dans sa partie législative pour tout ce qui n'a pas été abrogé par la Charte ou par une loi postérieure.

Or, rien dans la Charte n'autorise à considérer comme abrogée la défense de se faire naturaliser sans autorisation.

Rien, par conséquent, n'exclut les faveurs accordées à la natura-

(1) V. à ce sujet, M. Valette (*loc. cit.*), qui se prononce pour l'abrogation.

(2) V, B. 1, nº 8.

(3) V. dans ce sens ma dissertation insérée dans la *Revue étrangère et française*, tom. 7, pag 417.

(4) Ainsi réduit dans son application, le décret de 1809 peut être considéré comme faisant partie de la législation existante, et l'on ne doit pas s'étonner qu'il ait été invoqué par l'ordonnance du 10 avril 1823 (VII, B. 599, nº 14454), qui applique ses articles 6, 7, 8 et 9, purement réglementaires, mais qui ne se réfère à la pénalité qu'autant qu'elle rentre dans celle de l'article 75 du Code pénal, sainement expliqué par l'article 27 du décret de 1811.

lisation autorisée ; seulement ces faveurs sont, comme on l'a dit, devenues superflues depuis la loi du 14 juillet 1819.

Rien davantage n'exclut en masse et d'une manière générale les rigueurs dont est l'objet la naturalisation non autorisée. Mais bien entendu qu'il en faut retrancher la confiscation, retranchement qui, selon moi, entraîne celui de la perte des biens ; car l'expatrié n'étant mort, ni naturellement, ni civilement, ne peut encore avoir d'héritier, et si le fisc ne s'empare pas de ses biens, la force des choses lui en conserve la propriété (1).

Quant à l'incapacité de succéder, on s'est demandé si la loi du 14 juillet 1819 ne l'a pas fait cesser. Pour l'affirmative, qui est certainement favorable, on argumente surtout des termes de l'article 7 du décret, qui semble ne considérer la dévolution à qui de droit de la succession ouverte au profit de l'expatrié que comme une conséquence de la perte des droits civils par lui encourue. D'où l'on conclut qu'il n'est exclu que comme étranger, et que cette exclusion a cessé avec celle des étrangers (2).

Toutefois, j'aurais peine à admettre ce système, car il me paraît résulter de la théorie du décret que ce n'est point au seul titre d'étranger que sont encourues les rigueurs établies contre le Français naturalisé sans autorisation. Ce n'est donc point par application de l'article 726 qu'il est privé du droit de succéder, privation formellement prononcée par l'article 6, dont l'article 7 n'est que la conséquence. Dès lors, l'incapacité n'est pas levée par la loi de 1819, qui n'a pour objet que l'abrogation des art. 726 et 912 (3).

Toutes les autres peines prononcées par les art. 8-11 paraissent demeurées en vigueur, et par là disparaît la différence qu'établissait le Code civil, sous le rapport de l'interdiction du territoire, entre

(1) V. *Merlin*, Répert., tom. 16, v° *Français*.

(2) V. *Merlin*, Répert., tom. 16, v° *Français*. C. R. de Paris, 1er février 1836 (J. P., tom. 105, pag. 284).

(3) V. dans ce sens M. Duranton, tom. 1er, n° 178, 179 ; voy. aussi C. R. de Pau 19 mars 1834 (J. P., tom. 101, pag. 557). L'arrêt, du reste, ne s'explique pas sur l'effet de la loi du 14 juillet 1819, mais sur celui des traités intervenus avec le pays dans lequel le Français s'était fait naturaliser sans autorisation. On ne peut donc argumenter ici de sa doctrine que par analogie.

Une autre observation commune à cet arrêt et à celui de la cour de Paris ci-dessus cité en sens contraire, c'est que ni l'un ni l'autre n'est relatif au droit de succéder, mais au droit de transmettre par testament. Ainsi tous deux reconnaissent que dans la privation des droits civils résultant du décret serait comprise l'incapacité de tester. Je ne sais, du reste, si cette théorie, fondée sur les anciens principes, est conciliable avec l'article 902 du Code civil. V. ci-dessus n° 27 *bis*. V.

l'acceptation de service militaire et l'acceptation d'autres fonctions. Car l'entrée sans permission au service (militaire ou non) d'une puissance étrangère est assimilée par l'article 25 du décret à la naturalisation non autorisée, et amène l'application de l'article 11 dudit décret.

Ainsi encore, et par l'effet du décret, la théorie du Code civil est changée quant aux conditions requises pour le recouvrement de la qualité de Français. Car, à l'égard de tous les Français naturalisés sans autorisation ou réputés tels, il existe un moyen unique, mais indistinctement applicable, pour être relevé des déchéances et affranchi des peines, c'est l'obtention des lettres de relief (voy. D., art. 12, qui, sous ce rapport, modifie dans le sens de l'indulgence l'article 21 du Code civil).

42. N'omettons pas ici une observation importante, c'est que le décret de 1811, ayant un caractère tout politique et se basant sur des considérations nécessairement étrangères aux femmes, ne leur est pas applicable. A leur égard donc la théorie du Code civil sur la perte ou le recouvrement de la qualité de Français est demeurée purement et simplement en vigueur. V. av. du cons. d'État du 22 mai 1812 (1).

42 *bis*. Je ne vois non plus dans le décret aucune dérogation à la théorie du Code civil en ce qui concerne l'établissement que formerait un Français en pays étranger sans naturalisation, ni acceptation de fonctions ou service. Là, continueraient donc à s'appliquer, purement et simplement, les articles 17-3° et 18 du Code civil. Vainement dirait-on que le décret a dû vouloir comprendre tous les cas d'expatriation et les soumettre à autorisation; car il est évident qu'en pareille matière on ne peut raisonner par induction ou analogie. Or, il n'y a de compris dans les termes du décret que la naturalisation et l'entrée au service.

SECTION II.

De la privation des droits civils par suite des condamnations judiciaires.

43. Quoique le Code comprenne seulement sous cette rubrique la privation absolue des droits civils, qu'il désigne

(1) IV, B. 136. n° 7994.

par l'expression énergique de *mort civile*, nous jugeons convenable d'y rapporter aussi les diverses dispositions, soit des autres titres du même Code, soit du Code pénal, qui attachent à certaines condamnations l'effet de priver de quelques-uns de ces droits, ou d'en suspendre temporairement l'exercice.

§ I.

De la mort civile.

44. Il n'est question ici que de la mort civile suite des condamnations judiciaires, la seule qui soit admise dans notre législation actuelle. L'ancien droit, au contraire, reconnaissait une autre espèce de mort civile, résultant de la profession religieuse dans un ordre approuvé par les lois du royaume (v. Poth., *Introd. gén. aux cout.*, n° 28).

Cette manière d'encourir la mort civile a cessé en France depuis la loi du 13-19 février 1790, qui supprima les vœux monastiques; et les autorisations accordées depuis à certaines congrégations religieuses (1) n'en ont point entraîné le rétablissement.

On connaissait encore autrefois la mort civile par expatriation (2); et cette espèce de mort civile fut formellement appliquée aux émigrés par la loi du 28 mars 1793. Mais, à partir du 4 nivôse an VIII, le fait de s'absenter de France a cessé de faire encourir les peines de l'émigration (L. 12 ventôse an VIII (3), art. 3). Il en peut seulement résulter la perte de la qualité de Français (C. civ., art. 17-3°), sans préjudice des rigueurs introduites par le décret du 28 août 1811, ci-dessus expliqué, pour le cas de naturalisation ou d'acceptation de fonctions publiques, sans autorisation du chef de l'État (4).

Quant à la mort civile suite des condamnations judiciaires, il n'en fut nullement fait mention dans le Code pénal du 25

(1) V. notamment décret du 18 février 1809 (IV, B. 225, n° 4127) et L. 24 mai 1825 (VIII, B. 40, n° 921).
(2) V. *Merlin*, Répert., v° *Mort civile*, § II.
(3) III, B. 11, n° 76.
(4) V. ci-dessus n° 41.

septembre-6 octobre 1791, ni dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (1), et l'on serait peut-être fondé à en conclure qu'elle n'existait pas dans le droit intermédiaire. Toutefois, il paraît plus probable que la condamnation à la peine de mort (la seule des peines alors admises qui eût le caractère de perpétuité) n'a jamais cessé d'emporter la mort civile. V. C. cass., rej. 2 avril 1844 (2).

45. Quoi qu'il en soit, le législateur, en adoptant l'expression de *mort civile* pour désigner l'état pénal qu'il fait résulter de certaines condamnations, contient les éléments nécessaires pour en faire reconnaître la nature, les causes et les effets (art. 22-25); il détermine le moment précis où cette mort est encourue en distinguant, comme de raison, entre les condamnations contradictoires et les condamnations par contumace; à cet égard, il règle d'une manière toute spéciale et contraire, sous plusieurs rapports, soit aux anciens principes, soit à la législation criminelle de son temps, l'effet des condamnations par contumace (art. 26-31); enfin, il proclame le principe qui fait survivre la mort civile à la prescription de la peine (art. 32). Il termine en réglant la succession aux biens laissés par le mort civilement (art. 33).

46. Le mot *mort civile* emporte avec lui l'idée d'un retranchement complet de la cité. Il est évident que l'individu ainsi retranché est dans une position plus fâcheuse que l'étranger; car, si la société doit accorder à celui-ci, auquel elle reconnait la qualité de membre d'une autre cité, la participation aux droits émanés de la loi commune à toutes les nations, elle peut, au contraire, les refuser à celui qu'elle considère comme mort.

Cependant, comme elle lui laisse la vie naturelle, elle ne peut le priver des moyens de soutenir son existence, ni par conséquent lui enlever les droits nécessaires à cette fin. Il est même vrai de dire qu'elle ne lui refuse pas indistinctement

(1) I, B. 204, n° 1221.
(2) J. P., tom. 121, n° 689.

les autres effets du droit naturel. C'est pour cela, sans doute, que la loi, en consacrant le nom de *mort civile* pour l'état des condamnés à certaines peines emportant privation des droits civils, n'a point parlé de *tous les droits civils*, mais seulement de ceux qu'elle exprimerait ultérieurement. V. art. 22.

46 *bis*. Toutefois, il n'en faut pas conclure que les effets de la mort civile soient exclusivement limités aux droits énoncés en l'article 25 ; car l'article 22 ne contient pas une définition ; la disposition a pour objet principal de consacrer le mot *mort civile*, dont le rétablissement avait été mis en question ; mais ce mot lui-même annonce le retranchement complet de tous les droits civils proprement dits, c'est-à-dire des effets du droit propre à la cité. Il est évident, par exemple, que le mort civilement est privé de la puissance paternelle, quoique l'article 25 ne s'en explique pas. Quant aux effets du droit naturel, le législateur ne veut pas les accorder tous au mort civilement, qu'il prive notamment du droit de donner entre vifs et de se marier (voy. art. 25) ; mais je crois qu'il lui laisse tous ceux qui ne sont pas spécialement retranchés. C'est ainsi que la mort civile laisse subsister la capacité générale de contracter et d'acquérir à titre onéreux.

47. Il résulte du même article 22 que la mort civile, telle que le Code l'envisage, est toujours la suite d'une condamnation ; qu'elle n'est pas proprement une peine (1), mais l'effet de certaines peines, ou, pour mieux dire, de la *condamnation* à certaines peines.

47 *bis*. I. Quand on dit que la mort civile n'est point une peine, cela signifie que dans le système de la loi elle n'est pas principalement, elle n'est pas même formellement, l'objet d'une condamnation. C'est un état de privation et d'incapacité qui se produit comme conséquence légale à la suite d'une condamnation à certaines peines, et qui, on va le voir, ne précède jamais l'exécution de la condamnation, parce que cette exécution est considérée comme un mode nécessaire de signification à la société.

Quoi qu'il en soit, cet état n'étant certainement infligé par la loi qu'à titre de punition du crime qui donne lieu à la condamnation,

(1) Le décret du 6 avril 1809 contenait plusieurs exceptions à cette théorie ; mais il n'y a plus lieu à ces exceptions si, comme je l'ai établi, la pénalité de ce décret a cessé d'être en vigueur. V. ci-dessus n° 41 *bis*. I.

on peut dire, sous ce rapport, qu'il est vraiment une peine accessoire de celle qui est formellement prononcée, et que cette peine accessoire est elle-même virtuellement prononcée avec la peine principale. C'est bien, en effet, dans la condamnation et non dans le fait de la peine principale réellement subie qu'existe le principe de la mort civile, si bien que la simple exécution par effigie suffit pour la faire commencer, immédiatement ou après un certain temps (voy. art. 26 et 27); si bien encore qu'elle dure, en vertu de la condamnation ainsi exécutée, après même que le condamné est mis à l'abri de la peine principale par la prescription. V. art. 32.

47 *bis*. II. Ces principes doivent jeter un grand jour sur l'application à la mort civile du droit de grâce ou de commutation de peine, réservé au roi par l'article 58 de la Charte.

A cet égard, il n'est pas douteux que la grâce ou commutation préserve de la mort civile, lorsqu'elle est accordée avant l'exécution, puisqu'elle empêchera cette exécution, sans laquelle la mort civile ne peut commencer.

Mais, quand même l'exécution aurait déjà eu lieu, le caractère pénal que je reconnais à la mort civile me fait admettre sans difficulté que la grâce ou commutation peut utilement intervenir pour la faire cesser. Et par là j'entends dire : 1° que la mort civile peut être l'objet direct et spécial d'une grâce ; 2° que la grâce ou commutation appliquée, sans réserve, à la peine principale après que la mort civile a commencé, fait cesser de plein droit la mort civile pour l'avenir ; mais sauf, bien entendu, le respect des droits acquis, et par conséquent la conservation des effets produits par la mort civile pendant qu'elle a duré (arg. *à fortiori* de l'art. 30).

Je n'ignore pas cependant qu'un avis du conseil d'État du 8 janvier 1823 (1), statuant sur un cas analogue, semble contredire formellement, pour le cas qu'il prévoit, la première même de mes propositions. Il décide, en effet, que les lettres de grâce, quand elles contiendraient, à cet égard, une clause explicite, ne peuvent effacer les incapacités dont la loi pénale frappe jusqu'à réhabilitation les condamnés à des peines afflictives temporaires ou à des peines infamantes (2).

(1) VII, B. 579, n° 14047.

(2) Ces incapacités sont désignées par le Code pénal réformé en 1832, sous le nom de *Dégradation civique*. V. C. pén., art. 28.

Il est également certain que ma seconde proposition, si on l'appliquait à la dégradation civique, serait inconciliable avec l'article 619 du Code d'instruction criminelle, qui n'attribue à la grâce ou à la commutation d'autre effet que de rendre possible la réhabilitation dans les formes et les conditions légales.

Mais, je ne m'arrête pas devant ces objections : et d'abord, je ne puis admettre avec le conseil d'État, dont l'autorité, quelque imposante qu'elle soit, n'équivaut pourtant pas à une décision législative ; je ne puis admettre, dis-je, que le droit de grâce soit borné dans son application à une peine quelconque, et je ne puis davantage m'empêcher de trouver le caractère de pénalité dans les incapacités qui résultent d'une condamnation. Ce caractère paraît surtout incontestable aujourd'hui que le Code pénal applique à ces incapacités la dénomination de dégradation civique ; car la dégradation civique est nommément classée par la loi parmi les peines. V. C. pén., art. 8.

Aussi, sous l'empire de cette législation, ne comprendrais-je plus qu'on pût, comme le faisait le conseil d'État sous la législation précédente, refuser aux lettres de grâce, quand elles s'en expliquent formellement, l'effet de relever le condamné de toutes les incapacités dont la condamnation l'avait frappé. A cet égard, je n'admettrais aucune distinction entre le cas de simple dégradation civique, principale ou accessoire, et le cas de mort civile.

Au contraire, je distinguerai entre la mort civile et la dégradation civique accessoire, pour attribuer de plein droit à la grâce, dans le premier cas, l'effet que l'article 619 du Code d'instruction criminelle ne permet pas de lui reconnaître dans le second. Ma distinction se fonde sur ce que, à la différence de la mort civile, toujours attachée à une peine perpétuelle, la dégradation civique est, dans le système de la loi, destinée à survivre à la peine principale. D'où il suit qu'à moins d'une clause explicite, la remise de la peine principale ne suppose pas l'intention de remettre la peine accessoire. Je me fonde encore et principalement sur ce que la législation offre un autre moyen au dégradé civiquement de recouvrer ses droits, en obtenant sa réhabilitation, et que ce moyen n'est pas applicable à la mort civile. Cette dernière considération est surtout puissante pour faire reconnaître à la grâce le pouvoir d'en relever. Mais, elle est grave encore pour faire supposer à l'auteur de la grâce, sans

qu'il ait besoin de s'en expliquer, l'intention de lui faire produire cet effet.

47 *bis*. III. Malgré le caractère pénal que je reconnais à la mort civile, et quoiqu'elle ait son principe dans le jugement de condamnation qui n'est pas susceptible d'exécution hors du territoire du royaume, je crois que la mort civile atteindrait ou suivrait en pays étranger le Français condamné en France à une peine qui l'emporte. Car c'est bien en France que s'opère, au moyen de l'exécution réelle ou par effigie, le changement d'état de la personne française; et ce changement une fois opéré, l'article 3 se trouve applicable pour en faire régler les effets par la loi française. Pour soustraire le mort civilement à l'application de ce principe, il faudrait prétendre qu'il n'est plus Français, parce qu'il est privé des droits civils. Mais cela serait contraire à la théorie du Code, qui distingue soigneusement la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français et la privation par suite des condamnations judiciaires.

Quoi qu'il en soit, l'article 3 cesserait d'être applicable, puisque la qualité de Français serait perdue, si le mort civilement obtenait sa naturalisation en pays étranger.

47 *bis*. IV. Par application des mêmes principes, je déciderais que l'étranger frappé de mort civile dans son pays subirait en France les incapacités attachées à son état (1). A cet égard, je ne distinguerais pas, avec M. Demolombe (2), la mort civile résultant de condamnations et la mort civile suite de l'entrée en religion. Mais, au contraire, je ne reconnaîtrais pas comme mort civilement, en France, le Français condamné ou entré en religion dans un pays étranger dont la législation attacherait cet effet à l'un ou à l'autre de ces événements. Car je ne puis admettre que dans aucun cas la loi étrangère ait le pouvoir de régler l'état d'un Français.

Cela posé, il semble que, pour être conséquent, je dois refuser d'appliquer la mort civile à l'étranger condamné en France à une peine qui l'emporte. Je ne crois pas, en effet, que l'étranger puisse encourir absolument la mort civile en vertu de la loi française qui n'a pas le pouvoir de régler son état, et je ne doute pas dès lors que dans son pays, ou partout ailleurs qu'en France, le condamné ne

(1) V. ci-dessus n° 10 *bis*. I.
(2) Tom. 1er, n° 198.

doive jouir de la vie civile. Mais je n'hésiterais pas cependant à lui appliquer en France, à titre de peine, toutes les incapacités que la mort civile entraîne, et qui sont virtuellement comprises dans la condamnation prononcée contre lui par un juge compétent (1). La réciproque serait certainement appliquée, en pays étranger, contre un Français qui dans ce pays aurait encouru une condamnation emportant mort civile.

Du reste, l'application, en pays étranger, des effets de la mort civile encourue par une personne dans son pays, cesserait évidemment, si cette mort civile, comme autrefois celle des religionnaires ou des émigrés, était la suite d'une proscription; car les nations étrangères ne sont pas tenues de s'associer à cette proscription, et dès lors elles n'en doivent pas reconnaître l'effet sur leur territoire.

47 *bis*. V. Quoique la nature et la qualité de la peine encourue semblent, dans le système de la loi, être le principe générateur de la mort civile, la raison néanmoins cherche un principe antérieur, et le trouve dans le crime, dont l'énormité de la peine fait supposer la gravité. A ce point de vue, n'y aurait-il pas rigueur excessive à faire résulter la mort civile des condamnations pour délits militaires; délits que la législation spéciale, protectrice de la discipline de l'armée, punit de peines sévères, punit même de mort, sans supposer pour cela dans leur auteur le degré de perversité qui motive et justifie dans le droit commun l'application d'une peine capitale? La loi, il est vrai, ne distingue pas; mais n'est-il pas naturel d'admettre que sa disposition n'a en vue que le droit commun, et que, dans l'effet qu'elle attache aux peines, elle se réfère uniquement aux peines portées par le Code pénal et prononcées par application de ce Code (voy. à ce sujet, C. pén., art. 5)? Tel est, en effet, mon sentiment et je le trouve fortifié par l'autorité des lois romaines, qui validaient le testament du condamné *pour délit militaire* (Ulp., L. 6, § 6, ff. *de injust. rupt.*). Pothier semble aller plus loin en exigeant, pour que les condamnations donnent lieu à la mort civile, qu'elles aient été prononcées *en justice réglée*. Toutefois, il en conclut seulement que le soldat condamné par un conseil de guerre *pour délit militaire* n'encourt pas la mort civile (2). Pour moi,

(1) V. au surplus C. pén., art. 35, qui suppose qu'un étranger peut être condamné à la dégradation civique comme peine principale, ce qui ne permet pas de douter qu'il pût également l'encourir accessoirement.

(2) *Traité des personnes*, tit. III, sect. II, *in fin.*

quelle que fût à cet égard la pensée de Pothier, je crois qu'il faut distinguer, quant à l'effet des condamnations prononcées par un tribunal militaire ou maritime, si elles le sont pour délit spécial, ou pour crimes punissables d'après les lois pénales ordinaires; cette distinction est faite par le législateur lui-même, pour l'application des peines de la récidive (voy. C. pén., art. 56, al. dernier), et je trouve dans cet article un argument frappant d'analogie pour faire refuser aux condamnations pour simples délits militaires l'effet d'emporter mort civile (1).

48. La publication du Code civil ayant précédé celle du Code pénal, notre législateur ne pouvait déterminer précisément les peines dont la mort civile serait la suite. Il se borne donc : 1° à proclamer cet effet pour la condamnation à la peine de mort, la seule qui, dans la législation pénale d'alors, réunît les caractères par lui exigés; 2° à poser des principes sur celles qui pourraient l'entraîner à l'avenir.

Suivant ces principes, la mort civile, image de la mort naturelle, et conséquemment perpétuelle comme elle, ne peut résulter que d'une peine perpétuelle. La peine, en outre, doit être afflictive (v. C. pén., art. 6 et 7). Mais par-dessus tout, il faut que la loi y ait attaché cet effet. V. art. 23 et 24.

Conformément à cette doctrine, le Code pénal attache cet effet à la déportation et aux travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 18). Ces deux peines, avec celle de mort, sont les seules qui, dans notre législation actuelle, emportent mort civile. Remarquons, au reste, qu'il n'était pas inutile de dire que la condamnation à la peine de mort emporterait mort civile. Car la mort civile, quoiqu'elle ne précède jamais l'exécution (art. 26 et 27), peut cependant précéder la mort naturelle, notamment dans les divers cas où l'exécution n'a lieu que par effigie.

(1) V. au contraire, *Merlin*, Répert., v° *Mort civile*, § I, art. 1, III; M. Duranton, tom. 1er, n° 218; M. Demolombe, tom. 1er, n° 197. Tous me paraissent, dans cette discussion, attacher trop d'importance à une ancienne ordonnance (17 janvier 1730), spéciale pour le cas de désertion. En effet, s'il faut en conclure que la mort civile pouvait, dans le cas prévu de désertion, résulter d'une condamnation prononcée par un conseil de guerre, ce n'est pas une raison pour s'éloigner de la doctrine de Pothier, en généralisant la règle.

Quant à la déportation, la mort civile qu'elle produit est bien de droit commun, mais ce n'est pas un effet nécessaire, car le gouvernement peut accorder au condamné l'exercice des droits civils; comme aussi il pourrait borner cette faveur à l'exercice de quelques-uns de ces droits (C. pén., art. 18, al. dernier).

48 *bis*. La peine de la déportation consiste à être transporté et à demeurer à perpétuité dans un lieu déterminé par la loi hors du territoire continental du royaume (C. pén., art. 17, al. 1).

Mais, en attendant l'établissement d'un lieu de déportation, la loi veut que le condamné subisse, à perpétuité, la peine de la détention (art. 17, al. dernier).

Cette détention étant le mode légal de l'exécution de la condamnation à la déportation, je ne doute pas qu'elle ne fasse encourir la mort civile, quoique cet effet ne soit point attaché par la loi à la peine de la détention en elle-même.

Il en était autrement avant la réforme du Code pénal opérée par la loi du 28 avril 1832 (1). De fait, les condamnés à la déportation étaient bien détenus dans une forteresse; mais, comme ce n'était pas le mode légal d'exécution de leur condamnation, l'article 26 du Code civil ne permettait pas de les considérer comme morts civilement.

49. L'article 25 détaille les effets de la mort civile; ils se rattachent tous à l'idée générale que nous en avons prise. Ils s'analysent et se résument ainsi : 1° perte des biens, ouverture de la succession du condamné (art. 718, 719); la succession est dévolue aux héritiers, comme en cas de mort naturelle, à l'exclusion toutefois des effets du testament. V. art. 25-al. 1.

49 *bis*. I. Ainsi, le testament précédemment fait en état de capacité demeurerait sans effet. Cette annulation se rattache, plus ou

(1) IX, 1re part., B. 78, n° 178. L'article 17 du Code pénal porte une date plus récente, celle du 9 septembre 1835. C'est, en effet, la loi du 9 septembre 1835 (IX, B. 155, n° 358) qui a rectifié l'article tel qu'il existe aujourd'hui. Mais cette rectification, qui porte surtout sur le mode de la détention, n'est point introductive du droit nouveau que je signale; c'est la loi de 1832 qui a établi la détention comme mode d'exécution de la condamnation à la déportation.

moins directement, à la théorie générale qui, en matière de testament, exige la capacité du testateur à deux époques : celle de la confection de l'acte, pour que la volonté soit légalement manifestée, et celle de la mort, pour que la transmission, qui n'a lieu qu'à ce moment, puisse légalement s'opérer. V. liv. III, tit. des don. et test., chap. II.

Toutefois, on doit convenir que cette théorie explique plutôt l'inefficacité du testament pour la transmission des biens que le mort civilement laissera à sa mort naturelle (voy. art. 25, al. 3), que pour celle des biens qu'il possédait au moment où la mort civile l'a frappé en état de capacité. Mais il faut dire que la capacité de transmettre par testament les biens dont la mort dépouille est une faveur de la loi, et qu'il y aurait inconséquence à réserver cette faveur quand c'est la loi elle-même qui dépouille à titre de peine. L'action de la loi qui en prive était d'autant plus libre qu'il n'y a, jusqu'à l'ouverture de la succession, aucun droit acquis pour les légataires.

49 *bis.* II. L'effet du testament étant seul exclu par la loi, et les dispositions rigoureuses ne devant pas s'étendre, c'est une raison suffisante pour considérer comme maintenu l'effet des donations de toutes sortes que le condamné a pu faire avant sa mort civile.

A cet égard, il n'y a aucune difficulté pour les donations entre vifs, puisqu'elles ont produit antérieurement un dépouillement actuel et irrévocable (C. civ., art. 894). Mais je crois la proposition applicable aux donations de biens à venir ou de biens présents et à venir, autrement aux diverses institutions contractuelles autorisées par les art. 1080, 1082, 1093 (1). Je vais plus loin, et je l'appliquerais, même aux donations faites, aux termes de l'article 1086, avec réserve entière de disposer de certains objets ; et aux donations entre époux, toutes révocables qu'elles sont de leur essence (art. 1096).

Quant aux *institutions contractuelles*, l'argument se fortifie par la considération de leur irrévocabilité, qui, pour n'être pas entière, n'en est pas moins réelle (voy. art. 1083, 1084); ce qui permet de

(1) Cette solution n'est point conforme à la théorie que j'ai exposée, en 1825, dans une dissertation publiée dans *la Thémis* (tom. VII, pag. 476). Mais les raisons que j'expose ici sommairement me paraissent préférables aux principes un peu subtils qui fondent cette théorie, abandonnée par moi depuis longtemps dans mon enseignement.

reconnaître à l'institué ou à ses enfants, sous la condition de survie (art. 1089), un véritable droit acquis.

Cette raison, il est vrai, n'est pas applicable aux donations avec réserve entière de disposer, ni aux donations entre époux. Mais, pour les dernières, on peut dire qu'il y a eu dessaisissement actuel, quoique révocable; si bien qu'aucune disposition de la loi ne les déclarant soumises à caducité pour prédécès, la jurisprudence les en reconnaît affranchies (1). Pour toutes il y a toujours eu une sorte de dessaisissement, puisqu'il y a eu contrat formé par le concours des volontés, et que l'effet de ce contrat n'est subordonné qu'à la condition résolutoire de disposition ou de révocation postérieure.

Enfin, et quelle que soit la nature de la donation faite avant la mort civile du donateur, son effet est incontestable si c'est au conjoint qu'elle a été faite, puisque la loi réserve expressément à celui-ci tous les droits auxquels la mort naturelle donnerait ouverture (art. 25, al. dernier).

49 *bis*. III. Le dépouillement des biens emporte la privation du titre de créancier, qui se continue dans la personne des héritiers, ou qui passe aux successeurs quelconques que la loi donne ou autorise.

Je crois également que la mort civile doit affranchir de toute obligation celui qui en est frappé; car sa succession, qui est ouverte, comprend ses obligations comme ses droits (*Ulp.*, L. 2, ff. *de cap. min.*).

50. 2° Incapacité de succéder ou de transmettre à l'avenir par succession (voyez à ce sujet art. 33). V. art. 25-al. 2.

50 *bis*. L'incapacité de transmettre *ab intestat* tient, au moins en partie, à ce que les liens de famille, sur lesquels repose la transmission des successions légitimes, sont rompus, et qu'il n'a pu s'en former de nouveaux par l'effet d'un mariage postérieur, dont le mort civilement est incapable. Mais, en admettant même que cette cause ne soit pas la seule, et que le droit de succession passive soit considéré comme directement et principalement retranché dans la personne du mort civilement, il n'y a pas lieu de s'étonner que cette incapacité n'ait pas été appliquée, comme celle de transmettre par testament, aux biens qui composaient la succession ouverte par la

(1) Du reste, je n'entends pas exprimer ici mon adhésion à cette jurisprudence, je m'expliquerai à ce sujet sur l'article 1096.

mort civile. D'une part, en effet, l'ouverture de la succession et l'incapacité procédant simultanément d'une même cause, la rigueur des principes n'obligeait pas à faire agir l'un de ces deux effets sur l'autre; d'autre part, la transmission aux héritiers que la loi désigne n'est pas, comme la transmission par la volonté du propriétaire, une de ces faveurs que la loi ne puisse sans inconséquence réserver à celui qu'elle dépouille.

51. 3° Incapacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit, sauf le droit de recevoir des aliments. V. art. 25-al. 3.

51 *bis*. I. L'incapacité de donner ou de recevoir s'applique sans difficulté aux libéralités dont les formes sont réglées par le droit civil (v. art. 893, 931, 969). Mais, le don de la main à la main étant de pur droit naturel, je crois qu'il peut être fait ou reçu par le mort civilement. Donner ou recevoir ainsi, c'est le simple exercice du droit de propriété, dont le mort civilement n'est pas incapable.

51 *bis*. II. Quant aux aliments, le mort civilement peut les recevoir même par les modes de droit civil; car la loi ne doit point refuser les moyens de subsister à celui qu'elle ne prive point de la vie naturelle.

Je crois, par la même raison, que le mort civilement, quoique dépouillé de ses autres biens, conserverait les créances alimentaires qui lui auraient été antérieurement constituées. Car c'est à sa personne naturelle, qui continue à subsister, que ce droit était attaché.

Je pense également que la rupture des liens de famille, sous le rapport civil, laisse subsister les obligations réciproques de se fournir des aliments (v. à ce sujet art. 205, 206, 207) (1). Ces obligations sont une conséquence du lien naturel, que le droit civil ne peut briser (v. *Gaius,* L. 8, ff. *de cap. min.*). La loi l'entend si bien ainsi, qu'elle accorde des aliments même aux enfants incestueux ou adultérins, dont elle réprouve d'ailleurs la filiation (v. art. 762, 335, 342).

52. 4° Incapacité d'être *nommé* tuteur (disons mieux, d'être tuteur), ou de concourir aux opérations relatives à la tutelle V. art. 25-al. 4; et, à ce sujet, art. 443, 445; C. pén., art. 28, 34-4°.

(1) V. Arr. C. R. de Paris 18 août 1808 (J. Pal., tom. 23, pag. 331).

52 *bis*. I. L'organisation de la tutelle et des autres pouvoirs domestiques ou de famille fait partie du droit propre à la cité, quoique le principe en soit dans le droit naturel; il est évident d'ailleurs qu'il y aurait contradiction à revêtir d'un titre de confiance celui que la loi flétrit. Concluons de là sans hésitation :

1° Que l'exclusion, appliquée ici à la seule tutelle dative, probablement dans la supposition que la législation n'en admettrait pas d'autre, s'applique, à plus forte raison, à la tutelle légitime (v. au surplus art. 443 et C. pén., 34-4°, 42-6°);

2° Que cette exclusion emporte également privation du droit de vote et de suffrage dans les délibérations de famille (v. art. 443; C. pén., 34-4°, 42-5°);

3° Que le mort civilement est privé de la puissance paternelle, sauf le devoir général d'honneur et de respect (C. civ., art. 371), dont la loi ne peut délier ses enfants. Mais évidemment il ne pourrait ni user du droit de correction établi et réglé par les articles 375-383, ni prétendre à l'usufruit des biens de ses enfants mineurs, en vertu de l'art. 384; il ne pourrait davantage les émanciper (voy. art. 477), ni être appelé comme ascendant à consentir ou donner son conseil au mariage de ses enfants ou descendants (voy. art. 148-151). Il est clair qu'il ne participerait pas non plus au droit d'opposition (art. 173, 174), ni généralement à aucune des prérogatives attachées à la parenté (v. art. 191, 346, 406, 446, 479, 490).

52 *bis*. II. Le même principe semble défendre d'appliquer passivement à la personne du mort civilement les divers pouvoirs dont l'exercice actif lui est refusé. Toutefois, il y a sur ce point des distinctions à faire.

Il est bien évident, par exemple, que, tout lien de famille étant rompu à son égard, il n'est pas plus soumis à l'autorité de ses parents que ceux-ci ne peuvent l'être à la sienne. Sous ce rapport, les lois relatives à la tutelle ne peuvent donc ici recevoir d'application direct. Mais ce ne serait pas une raison pour laisser sans protection la faiblesse de son âge ou de son intelligence : capable de contracter et d'acquérir des biens, il doit, sous ce rapport, être placé dans le droit commun des propriétaires et des contractants. J'en conclus qu'en cas de minorité il devrait être placé en tutelle ou en curatelle; que, s'il est dans le cas d'interdiction ou de nomination de conseil, ces mesures doivent lui être appliquées; le tout sous l'autorité des

magistrats, qui devront employer des formes analogues à celles qui sont réglées pour les cas ordinaires.

53. 5° Incapacité d'être témoin dans les actes, ou de porter témoignage en justice. V. art. 25-al. 5. N'en concluons pas que le mort civilement ne puisse déposer pour donner de simples renseignements (v. C. pén., art. 34-3°).

54. 6° Incapacité de procéder en justice; mais en ce sens seulement que le mort civilement ne pourra figurer en nom dans l'instance. Le Code, en conséquence, veut qu'il soit représenté par un curateur spécial nommé par le juge de l'action. V. art. 25-al. 6.

54 *bis*. Cette règle de forme s'appliquerait certainement à toute instance civile, et sous ce nom il faudrait comprendre même les demandes en réparation de dommages qui pourraient être dirigées par le mort civilement ou contre lui, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux criminels (v. C. instr. crim., art. 1, 2 et 3). Mais je ne puis croire que cette vaine fiction dût s'étendre jusqu'à l'exercice de l'action publique dirigée contre le mort civilement pour crime, délit ou contravention. Il y a plutôt un intérêt moral à faire figurer ici dans la poursuite le nom de l'inculpé, et dans la condamnation le nom du coupable.

55. 7° Incapacité de se marier. V. art. 25-al. 7.

8° Dissolution du mariage précédemment contracté. V. art. 25-al. 8; v. aussi art. 227-3°.

Remarquons, au reste, pour l'incapacité de contracter comme pour la dissolution, que le législateur a soin d'en borner expressément l'application aux effets civils du mariage.

55 *bis*. I. Cette restriction, qui tend à mettre complétement en dehors la question de conscience, soustrait en même temps à l'idée de prohibition et d'entière nullité le mariage dont le mort civilement est déclaré incapable; elle exclut, à l'égard du mariage antérieur, l'idée d'une dissolution complète avec obligation de se séparer.

Il faut en conclure, sans difficulté, que la loi permet au mort civilement de contracter, dans la forme que sa religion lui prescrira, un mariage de conscience. Il en résulte encore qu'en cas de mariage ainsi contracté, non plus qu'au cas de cohabitation continuée après

la dissolution résultant de la mort civile, il n'y aura lieu à l'action du procureur du roi tendant à faire condamner les époux à se séparer (v. art. 190). Seulement toute partie intéressée sera admise à invoquer l'incapacité du mort civilement ou la dissolution résultant de la mort civile, pour repousser les effets civils qu'on voudrait, dans l'une ou l'autre hypothèse, attribuer au mariage.

55 *bis*. II. Au nombre des effets civils dont est privé le mariage contracté en état d'incapacité, ou le mariage ainsi dissous, on est bien forcé de compter la légitimité des enfants qui pourront survenir. Non pourtant que j'entende justifier cette conséquence légale au point de vue de la morale et de la droite raison. Je ne sais, en effet, si, quelque hypothèse qu'on fasse, on pourra jamais trouver raisonnable de frapper d'illégitimité, et de priver par là de tout droit de famille, les fruits d'une union reconnue innocente par la loi elle-même. Mais comment surtout s'expliquer que l'on punisse ainsi, dans la personne de ses enfants, l'époux qu'un pieux dévouement, qu'un devoir sacré de conscience, retient auprès de son conjoint frappé de mort civile? Évidemment, pour moi, le législateur s'est ici laissé dominer par cette vaine fiction de mort, dont il pouvait si bien à son gré régler et restreindre les effets; et il a ainsi méconnu ce grand principe de morale, qui permet bien au législateur humain de tolérer quelquefois dans le for extérieur l'infraction d'un devoir de conscience, mais jamais d'encourager à le violer, encore moins d'en punir l'accomplissement.

55 *bis*. III. L'ancien droit, au reste, n'était guère moins rigoureux envers les enfants du mariage contracté par le mort civilement : à la vérité, ils n'étaient pas considérés comme bâtards, mais une loi formelle les privait de tout droit de succession (1). Quant aux enfants qui, depuis la mort civile, naissaient du mariage antérieurement contracté, cette rigueur ne leur était pas applicable, car le mariage de leurs parents, bien que privé pour l'avenir des effets purement civils, tels que la puissance maritale et la communauté de biens (2), n'était certainement pas dissous; dès lors les enfants qui en provenaient étaient de plein droit légitimes, et, aucune loi ne les déclarant incapables, ils auraient incontestablement succédé, sinon au mort civilement, devenu incapable de transmettre, ou aux pa-

(1) Décl. de 1639; Pothier, *Contr. de mariage*, n° 433-436.
(2) Pothier, *Puiss. du mar.*, n° 23; *Commun.*, n° 54.

rents du mort civilement, qui ne pouvait les rattacher à sa famille ; du moins à l'autre époux et aux parents de celui-ci.

55 *bis*. IV. Le refus de tout effet civil emporte encore nécessairement absence entière de lien dans le for extérieur, et par conséquent faculté pour les conjoints de passer à une nouvelle union (1). S'il en était autrement dans l'ancien droit, c'est qu'on considérait alors, même dans le for extérieur, le mariage comme régi par le droit naturel et par la loi religieuse. Mais le législateur moderne a complétement abandonné cette théorie : la loi, qui ne considère le mariage que comme contrat civil, et qui en règle sous ce rapport les conditions et les effets, comprend nécessairement dans les effets civils la force qu'elle attribue au lien. Quant au droit naturel qui donne à ce lien une force plus grande, elle ne lui laisse d'empire que sur la conscience.

55 *bis*. V. Tout ce qu'on pourrait prétendre, et ce que de bons esprits ont soutenu (2), c'est que la mort civile aurait cessé d'être une cause de dissolution du mariage depuis la loi qui a aboli le divorce (8 mai 1816). Je crois, en effet, que, pour être conséquent, le législateur, qui ne refuse la faculté de divorcer que parce qu'il considère le mariage comme indissoluble du vivant des époux, ne devrait pas laisser subsister la dissolution par mort civile, dissolution plus immorale encore que le divorce, puisqu'elle n'est pas facultative. Et toutefois, la mort civile formant, dans le système du Code, une cause de dissolution distincte du divorce (voy. art. 227), et le divorce étant seul aboli, je me vois à regret forcé de conclure avec la cour royale de Toulouse (3) que la mort civile est restée cause de dissolution du mariage, même depuis l'abolition du divorce.

55 *bis*. VI. Le mariage que contracterait le mort civilement, étant, comme on l'a vu, privé de tout effet civil, n'a pas évidemment besoin d'être célébré devant l'officier de l'état civil ; je pense même que régulièrement cet officier, s'il était requis, devrait refuser son ministère ; car il ne s'agit pas vraiment d'un acte de l'état civil. Il va sans dire, dès lors, que les articles 199 et 200 du Code pénal ne pourraient être appliqués contre le ministre du culte qui procéderait à la célébration.

(1) V., au contraire, Toullier, qui s'appuie sur l'ancien droit (tom. 1er, no 289).
(2) V. M. Félix, *Revue de droit français et étranger*, tom. 2, pag. 487-489.
(3) Arr. du 26 mai 1837 ; J. P., tom. 108, pag. 185.

55 *bis*. VII. Les effets civils refusés au mariage du mort civilement devraient cependant lui être accordés si ce mariage avait été contracté de bonne foi (v. art. 201, 202). L'application de ces articles à l'espèce, quoique contestée par quelques-uns (1), ne me paraît pas vraiment douteuse, car la privation d'effets civils est bien évidemment une sorte de nullité, comprise dès lors dans les termes de la loi. Quant au fait de la bonne foi, il est certainement possible, même chez le mort civilement, qui, au cas de contumace, pourrait ignorer son état; plus fréquemment encore l'ignorance pourra exister chez l'autre conjoint, ce qui suffira pour l'application de l'article 202 (2).

Ainsi, en pareil cas, les enfants seraient légitimes, et jouiraient de tous les droits de famille, à l'égard de l'époux qui n'est pas mort civilement et des parents de celui-ci. Mais ils ne pourraient succéder au mort civilement lui-même, puisqu'il est incapable de transmettre (art. 25-al. 2e, 33) (3). Bien plus, la succession aux parents du mort civilement pourrait leur être contestée, par ce motif, qu'un mariage, même supposé valable, ne saurait les rattacher à une famille à laquelle leur père est devenu étranger (4). Et toutefois, comme la rupture du lien entre le mort civilement et sa famille n'est jamais que l'effet de la fiction de mort, et a conséquemment le même principe que la nullité du mariage, contre laquelle la bonne foi d'un des parents suffit pour restituer les enfants, j'en conclus, favorablement, que cette restitution doit leur profiter pour les rattacher aux parents de leur père, et qu'ils pourront dès lors succéder à ceux-ci, qui ne sont pas incapables de transmettre. V. M. Duranton, t. 1, nos 258, 259; C. cass., 15 janv. 1816 (5).

56. 9° Ouverture, pour le conjoint et pour les héritiers, des droits et actions auxquels donnerait lieu la mort naturelle. V. art. 25-al. dernier.

(1) V. *Merlin*, Répert. v° *Mort civile*, § II, art. 3; Quest. de droit v° *Légitimité*, § V.

(2) V. au surplus Pothier, *Contr. de mar.*, n° 440; Delvincourt, tom. 1er, pag. 26, n. 2; M. Duranton, tom. 1er, n° 257; M. Demolombe, tom. 1er, n° 207.

(3) Delvincourt (*loc. cit.*) cherche à échapper à cette rigueur en ne considérant l'incapacité de transmettre que comme une conséquence de la rupture des liens de famille, dont il trouve le rétablissement dans le mariage putatif; mais le texte de l'article 25 me paraît trop formel pour permettre d'adopter son sentiment.

(4) V. M. Demolombe, tom. 1er, n° 207.

(5) J. P., tom. 45, pag. 161

56 *bis.* Ainsi, la mort civile donnerait ouverture aux gains de survie, effet refusé à la séparation de corps ou de biens, et que le divorce lui-même n'aurait pas produit (v. art. 1452, 1517, 1518). Et pourtant il n'y a pas ici *survie*, au sens dans lequel les contractants l'ont probablement entendu (1). Mais il y a ouverture de la succession ; et, comme les gains de survie ont été stipulés en vue de préférer le conjoint aux héritiers, il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'ouvrir immédiatement les droits du conjoint.

57. La mort civile a encore pour effets indiqués par la loi :
D'éteindre l'usufruit, art. 617 ;
De dissoudre la communauté, art. 1441-3° (2) ;
De dissoudre la société, art. 1865-4° ;
De mettre fin au mandat, art. 2003.

Mais la mort civile n'éteint pas la rente viagère, art. 1982 ; car, d'après l'intention probable des parties, on n'eût pu lui donner cet effet sans violer la loi du contrat, sans en rompre l'équité.

57 *bis.* I. En général, lorsque des personnes traitent ensemble en vue de la mort de l'une d'elles, elles ne sont pas censées comprendre dans leur pensée le cas de mort civile, cas dont la supposition serait même outrageuse. La durée de la rente et son taux ayant donc été calculés sur la durée probable de la vie naturelle, le respect dû au titre doit prévaloir sur la fiction qui fait considérer comme morte la personne naturellement vivante.

Il en doit être ainsi, sans difficulté, quand la rente est établie sur la tête d'un tiers (voy. art. 1971) ; mais la règle s'applique encore, et c'est même le cas prévu par l'article 1982, lorsque la rente est constituée sur la tête du propriétaire, que la mort civile dépouille de tous ses biens, y compris celui-là. C'est alors à ses héritiers que le paiement devrait en être continué pendant sa vie naturelle, à

(1) V. ci-dessous n° 57 *bis.* I.

(2) C'est là, au surplus, une conséquence nécessaire de la dissolution du mariage quant à tous ses effets civils ; et toutefois il n'est pas sans intérêt de reconnaître cet effet direct de la mort civile, si l'on admet avec moi que cette mort ne produit pas toujours immédiatement la dissolution du mariage (conf. art. 30 et 227-3° ; v. ci-dessous n° 63) ; car la communauté sera toujours dissoute dès que la mort civile sera encourue.

moins pourtant que la rente ne soit alimentaire, auquel cas j'en réserverais la jouissance au mort civilement lui-même (1).

57 *bis*. II. La transmission accidentelle de la rente viagère aux héritiers n'a rien de contraire au principe qui fait ouvrir les gains de survie par la mort civile ; car le placement à fonds perdu, quoiqu'il ait pour résultat naturel le dépouillement des héritiers, n'est pourtant pas censé avoir eu lieu dans ce but.

Observons, au reste, que cette transmission est plus difficile à justifier quand la rente est constituée à titre gratuit; car la libéralité étant essentiellement personnelle et ayant ici pour objet un droit périssable, on ne peut guère supposer à l'auteur de la disposition la volonté d'en prolonger l'effet après que le gratifié n'en profiterait plus. Nous verrons sur l'article 1982 si ces considérations, dont la gravité augmente dans la supposition d'un legs, ne peuvent pas, malgré la généralité des termes de la loi, autoriser quelques distinctions.

57 *bis*. III. Le motif qui fait survivre la rente viagère à la mort civile semblerait applicable à l'usufruit, du moins lorsqu'il est constitué à titre onéreux. Toutefois on peut trouver une raison de différence dans le caractère spécial de personnalité reconnu de tout temps à l'usufruit. On peut dire aussi que, l'usufruit admettant plusieurs modes d'extinction (voy. art. 617), la durée pendant toute la vie n'est pas aussi évidemment dans la pensée des contractants qu'elle l'est dans l'intention de ceux qui constituent une rente qualifiée par eux-mêmes *viagère*. Quoi qu'il en soit, si en fait un usufruit était expressément constitué *pour toute la vie*, j'hésiterais beaucoup à lui appliquer l'extinction par la mort civile.

58. Tous ces effets commençant avec la mort civile, il est bien important de fixer d'une manière précise l'époque où le condamné en est frappé. Le législateur a pensé qu'une incapacité qui intéresse la société tout entière ne pouvait commencer avant d'être rendue publique par l'exécution. Il était d'ailleurs conforme à la nature de la mort civile, qui n'est que la suite d'une peine, de ne pas précéder sa cause. C'est donc un principe certain que la condamnation ne peut

(1) V. ci-dessus nº 51 *bis*. II.

produire la mort civile si elle n'est pas exécutée au moins par effigie (1).

En outre, l'équité, qui ne permet pas qu'un homme soit irrévocablement jugé s'il n'a pas été entendu, ouvre au condamné qui n'a pas été à même de se défendre les chances d'un nouveau jugement; d'un autre côté, les suites de la mort civile sont de leur nature irrévocables; on n'a donc pas dû attribuer immédiatement le même effet à l'exécution des condamnations contradictoires et à celle des condamnations par contumace. Pour ces dernières, l'effet est suspendu pendant cinq ans. V. art. 26 et 27.

58 *bis*. I. Tout condamné par contumace jouit d'un délai pour se représenter et subir un jugement nouveau. Ce délai, qui n'est autre, en général, que celui de la prescription de la peine, c'est-à-dire de vingt ans (voy. C. instr. crim., art. 476, 635, 641), est également applicable au cas de condamnation à une peine emportant mort civile (voy. art. 30); mais le délai de cinq ans, spécial pour ce dernier cas, n'a trait qu'à la mort civile, que le condamné peut éviter en se représentant avant son expiration. L'idée en est empruntée, mais avec une grave modification, à l'ordonnance de 1670.

Dans le système de l'ordonnance, le délai de grâce de cinq ans, accordé à tout contumax, et qui n'excluait pas plus qu'aujourd'hui la possibilité d'un jugement nouveau jusqu'à la prescription de la condamnation, fixée alors à trente ans, offrait au condamné qui comparaissait avant son expiration l'avantage de faire tomber, par ce seul fait, les condamnations de toutes sortes qu'il avait encourues. Après ce délai il pouvait encore se représenter, mais les condamnations pécuniaires, amendes et confiscations étaient réputées contradictoires. Seulement, s'il obtenait des lettres pour ester à droit et se purger, et que le nouveau jugement n'emportât pas confiscation, les biens confisqués lui étaient rendus dans l'état où ils se trouvaient, mais sans restitution des amendes, des intérêts civils, ni des fruits.

(1) Il ne se fait point aujourd'hui d'exécution *par effigie;* ce que la loi appelle ainsi consiste simplement dans l'affiche de l'arrêt à un poteau par l'exécuteur des jugements criminels (C. instr. crim., art. 472). Quoique cet article ne dispose que pour le cas de contumace, il est applicable, sans difficulté, en cas de condamnation contradictoire, lorsque le condamné se soustrait à l'exécution réelle.

Quant à la mort civile, le délai de grâce n'empêchait pas qu'elle ne fût provisoirement encourue, sauf l'éventualité de la comparution postérieure qui pouvait l'effacer, quand même cette comparution n'aurait eu lieu qu'après les cinq ans, et sauf le même effet attribué au décès arrivé dans les cinq ans (1).

Ainsi, dans l'ancien système, la mort civile pouvait, suivant les événements ultérieurs, ou avoir été encourue dès le principe à partir de l'exécution par effigie, ou être réputée ne l'avoir jamais été.

Au contraire, dans le système du Code civil, dont l'esprit général repousse toute incertitude dans l'état des personnes (voy. à ce sujet art. 20), le délai de grâce suspend la mort civile (art. 27), quand même elle devrait être encourue par suite d'un nouveau jugement (v. art. 29). Mais son expiration la fait encourir, sinon définitivement, au moins avec des effets irrévocables.

58 *bis*. II. Il est donc entendu qu'aux termes des articles 26 et 27 la mort civile s'encourt, en vertu des condamnations contradictoires, *à compter du jour* de l'exécution réelle ou par effigie; en vertu des condamnations par contumace, après les cinq ans qui suivront l'exécution par effigie.

Pour les premières, il faut évidemment considérer, non pas le commencement ou la fin du jour, mais le moment précis de l'exécution. S'attacher au commencement, ce serait donner effet à la condamnation non encore exécutée; et l'on ne verrait pas alors pourquoi, sans attendre ce jour, la loi n'eût pas fait produire immédiatement l'effet par l'irrévocabilité de la condamnation. S'attacher à la fin, ce serait, en cas d'exécution réelle d'une condamnation à mort, soustraire le condamné à la mort civile, qui évidemment ne pourrait l'atteindre après sa mort naturelle. Ces deux résultats étant également absurdes, il n'y a de raisonnable que de s'attacher au moment même de l'exécution. Cela, du reste, n'a rien de contraire aux termes de la loi; car, ce moment étant compris dans le

(1) V. Ord. de 1670, art. 18, 28, 29, et Jousse sur ces articles; v. aussi Répert., v° *Contumace*. Du reste, l'anéantissement de la contumace par la comparution, avant ou après les cinq ans, était tel que, au cas même de condamnation nouvelle, la mort civile n'eût daté que *ut ex nunc* (v. Poth., *Traité des personnes*, tit. III, sect. II). J'en aurais conclu que, même après les cinq ans, la mort survenue depuis la comparution aurait produit le même effet que si elle avait eu lieu dans les cinq ans, et que le condamné, redevenu simple accusé, serait mort *integri statùs*. Cependant Pothier n'appliquait alors cet effet à la mort qu'autant que le contumax avait obtenu des lettres pour se purger (v. Poth., *ibid.*) Mais je doute qu'on dût s'attacher, en effet, à cette distinction.

jour, on part toujours bien *du jour de l'exécution* (par opposition au jour de la condamnation) quand on part d'un moment qui fait partie de ce jour.

Quant au cas de condamnation par contumace, les années se composant de jours entiers (voy. art. 2260), il est évident que le délai de cinq ans qui doit suivre l'exécution ne peut commencer qu'à l'expiration du jour dans lequel l'exécution a eu lieu.

58 *bis*. III. Il n'y a exécution réelle que lorsque le condamné subit effectivement la peine emportant mort civile. Et, à cet égard, il ne faut pas confondre les préparatifs de l'exécution, quelque prochainement qu'ils y tendent, avec l'exécution elle-même. Ainsi le condamné qui mourrait sur l'échafaud avant d'être frappé par l'exécuteur mourrait *integri statûs*.

Les peines mêmes qui sont appliquées au condamné en exécution de l'arrêt, comme accessoires de la peine emportant mort civile, mais qui précèdent l'application de celle-ci (voy. C. pén., art. 13, 22), ne me paraissent point pouvoir produire cet effet.

J'en conclus que la mort civile n'est pas encourue par le condamné à mort tant que sa tête n'est pas tranchée (C. pén., art. 12); que le condamné aux travaux forcés à perpétuité n'est pas mort civilement avant son arrivée au bagne ou à la maison de force, suivant la distinction du sexe (v. C. pén., art. 15 et 16; voy. à ce sujet ordonn., 9 déc. 1836 (1)). Je le décide ainsi, soit que le condamné subisse ou non l'exposition publique, dont il est quelquefois dispensé (v. C. pén., art. 22 *in fin.*). Ceux qui voient dans cette exposition une exécution de la condamnation aux travaux forcés ne font pas attention qu'aux termes de la loi même, c'est *avant de subir sa peine* que le condamné est exposé (C. pén., art. 22).

Quant au condamné à la déportation, la mort civile, lorsqu'il aura été établi un lieu de déportation, ne commencera qu'après le transport dans ce lieu. Jusque-là, elle commence par la détention effective dans la prison déterminée (v. C. pén., art. 17, et ci-dessus nº 48 *bis*).

58 *bis*. IV. L'exécution de la condamnation à mort entraînant immédiatement la mort naturelle, et la mort civile étant jusque-là suspendue, on peut se demander si la vérité n'absorbe pas alors la fiction, et si ce n'est pas purement et simplement à la mort natu-

(1) IX, B. 473, nº 6642

relle que doit se référer l'ouverture de la succession du condamné. Dans ce système, son testament serait valable, car l'article 25 ne pourrait recevoir d'application. Mais on sent parfaitement que le motif qui fait refuser effet au testament du mort civilement est ici applicable. Celui que la loi dépouille de ses biens à titre de peine ne doit point jouir de la faveur de les transmettre par l'effet de sa volonté (1). Or, n'est-ce pas la loi qui dépouille ici des biens, puisque c'est elle qui prive de la vie, en commandant, à cet égard, l'action de la nature?

Par là donc se trouve justifiée cette ancienne doctrine, suivant laquelle, la mort civile, en cas d'exécution à mort, est censée précéder d'un instant de raison la mort naturelle et déterminer l'ouverture de la succession.

59. Du reste, si la loi doit surseoir à déclarer irrévocablement coupable et à traiter absolument comme tel l'accusé qui ne se présente pas, elle ne peut cependant laisser impunie sa désobéissance aux ordres de justice. De là les mesures de rigueur prescrites par la loi criminelle contre le contumax dès avant sa condamnation, quel que soit le crime dont il est accusé, et les mesures spécialement prescrites par notre Code contre le condamné par contumace à une peine emportant mort civile.

60. Au nombre des mesures prescrites par la loi criminelle se trouve le séquestre, qui doit être apposé sur les biens du contumax, à la diligence du directeur des domaines de son domicile (v. C. instr. crim., art. 465, 466-al. dernier).

Ce séquestre continue après la condamnation, puisque le compte ne doit en général être rendu qu'après qu'elle sera devenue irrévocable (C. d'instr. crim., art. 471; v. à ce sujet *ibid.*, art. 635, 641).

C'est donc la régie qui continue à administrer les biens, lesquels, à partir de l'exécution de l'arrêt, sont *considérés et régis comme biens d'absent* (C. d'instr. crim., art. 471).

Quant à la personne du contumax, il ne paraît pas que cet état en lui-même entraîne d'autres incapacités que la suspen-

(1) V. ci-dessus n° 49 *bis*. I.

sion de l'exercice des droits de citoyen, et l'interdiction, pendant l'instruction de la contumace, de toute action en justice (v. C. instr. crim., art. 465).

61. Mais, en ce qui concerne le condamné par contumace à une peine emportant mort civile, la loi, qui, comme on l'a vu, lui laisse, pendant les cinq années de grâce, la jouissance de ses droits civils (art. 27), le prive durant ce temps, jusqu'à sa comparution volontaire ou forcée, de l'exercice de ces mêmes droits. Ainsi, cet exercice, qui comprend l'administration de ses biens, ne peut appartenir qu'à d'autres en son nom. A cet égard, la loi dit que les biens seront administrés et les droits exercés *de même que ceux des absents.* V. art. 28.

61 *bis*. I. La privation de l'exercice des droits civils n'est point une conséquence directement attachée par la loi criminelle à l'état de contumace (1), qui prive seulement de l'exercice des droits politiques et de l'action en justice (C. du 3 brum. an IV, art. 464; C. de 1808, art. 465); sans préjudice toutefois des effets de la dégradation civique encourue, par le condamné à une peine afflictive ou infamante qui n'emporte pas mort civile, du jour de l'exécution par effigie (C. pén., art. 28), et sauf aussi les effets de l'interdiction légale qui pourrait être encourue en vertu de l'art. 29 du Code pénal (v. *infr.*, n° 72 *bis.* III). Il est bien certain également que le séquestre dont ses biens sont frappés en ôte au contumax la disposition actuelle. Quoi qu'il en soit, la privation générale de l'exercice des droits civils est un effet particulier, que notre Code fait résulter de la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile. Cette mesure a été substituée sur les observations du tribunat à la mort civile même, que le projet du conseil d'État faisait commencer du moment de l'exécution par effigie, sauf l'effet ultérieur et rétroactif de la représentation du condamné dans les cinq ans, ou de sa mort dans le même intervalle. Dans ce système, la succession était immédiatement ouverte et le mariage dissous; seulement les héritiers et la *veuve* étaient pendant les cinq ans tenus de donner caution, et le conjoint ne pouvait se remarier (2).

(1) V. *Contr.*, M. Duranton, tom. 1er, n° 230.
(2) V. rédaction adoptée dans la séance du 28 brum. an X, communiquée offi-

Le but et le motif de la substitution a été, tout en imprimant par cette privation une forte action à la condamnation prononcée et exécutée, de ne laisser aucune incertitude dans l'état des enfants qui pourraient naître durant les cinq ans, ni dans la dévolution des successions auxquelles le condamné pourrait être appelé pendant le même intervalle (1).

61 *bis*. II. Dans le système adopté, la mort civile n'étant point encourue, même conditionnellement, le mariage du condamné n'est pas dissous; par conséquent, ses enfants seraient légitimes. Il ne perd pas la propriété de ses biens, et n'est point incapable d'en acquérir d'autres, pourvu que ce soit sans acte de sa part; car il conserve les droits, mais il ne peut les exercer par lui-même; cet exercice, qui comprend la possession et l'administration de ses biens, appartient à d'autres en son nom. Du reste, comme il est certains droits dont l'exercice est essentiellement personnel, il est évident que pour ceux-là la privation de l'exercice équivaut à la privation de la jouissance. Si donc l'interdiction dont la loi frappe le condamné est complète, comme la généralité de ses termes semble l'indiquer, il en faut conclure qu'il ne peut ni contracter un mariage produisant effets civils, ni faire un testament valable.

En outre la disposition qui, jusqu'à la comparution volontaire ou forcée, prive le condamné de l'exercice des droits civils étant pure et simple, il paraît naturel d'en conclure que les effets de cette interdiction dureraient, pour le temps auquel elle s'applique, indépendamment de tout événement ultérieur. D'où résulterait non-seulement le maintien des actes légalement faits au nom du contumax par ceux qui avaient l'exercice de ses droits (ce que personne, au surplus, ne contestera); mais aussi la nullité des actes qu'il aurait faits par lui-même dans cet intervalle (2).

Mais ce système rigoureux est-il bien en effet celui de la loi? C'est ce qu'il faut examiner en parcourant les divers tempéraments ou adoucissements qui sont ou peuvent être proposés.

61 *bis*. III. Ainsi premièrement, une idée qui semble bien raisonnable, et que je crois devoir adopter, consiste à considérer que

cieusement au tribunat le 7 messidor suivant, art. 21, 22, 23, 25; Fenet, tom. 7, pag. 131, 132, 137, 138, 591.

(1) V. observations du Tribunat (Fenet, tom. 7, pag. 595-599; *Treilhard*, discussion au conseil d'État, séance du 6 brumaire an XI (Fenet, *ibid.*, pag. 615).

(2) V. M. Duranton, tom. 1er, n° 230.

l'interdiction a été admise comme adoucissement au système de mort civile immédiate, et à en borner en conséquence l'effet aux actes dont la mort civile rendrait incapable. Ainsi le contumax interdit restera capable de contracter, d'acquérir ou d'aliéner à titre onéreux, sauf à refuser effet aux actes de ce genre sur les biens séquestrés, biens dont la mort civile l'aurait dépouillé si elle eût été encourue.

61 *bis*. IV. Quelques-uns, se rattachant à l'idée que le contumax n'est pas privé des droits civils, puisqu'il n'est pas mort civilement, ne lui en refusent l'exercice qu'autant que cet exercice doit appartenir à d'autres en son nom. Si donc il s'agit de droits qui ne peuvent s'exercer que par la personne elle-même, ils les laissent au condamné, qu'ils reconnaissent ainsi capable de tester et de se marier (1).

Mais c'est là renverser le principe de la loi, qui commence par priver généralement le condamné de *l'exercice* des droits civils et ne lui en laisse par conséquent la *jouissance* que tout et autant qu'il s'agit de droits susceptibles de s'exercer par représentant.

61 *bis*. V. Dans un autre système, on ne veut voir dans l'interdiction, quelle que soit d'ailleurs son étendue, qu'un moyen d'assurer contre tout acte de la volonté du contumax les effets de la mort civile qu'il pourra ultérieurement encourir. En conséquence on en borne les effets au cas où la mort civile s'encourt par le défaut de comparution dans les cinq ans. Pour cela on argumente de l'anéantissement du jugement qui s'opérerait en cas de mort ou de comparution dans les cinq ans (art. 29 et 31). Or, dit-on, si le jugement est anéanti, l'interdiction qui en était la suite est aussi virtuellement anéantie, c'est-à-dire qu'elle est considérée comme non avenue (2).

J'inclinerais beaucoup vers cette opinion, car l'*anéantissement* du jugement doit naturellement emporter l'anéantissement de tous ses effets de droit, lorsque la loi ne les lui réserve pas expressément, comme elle le fait au cas de l'article 30. J'entends bien que, de droit commun, il faut respecter les faits qui se sont légalement produits sous l'empire du jugement, avant son anéantissement, et par conséquent les actes émanés de l'administrateur légal. Mais une question

(1) V. M. Valette sur Proudhon, tom. 1er, pag. 147. L'auteur, du reste, ne propose cette opinion qu'avec une extrême défiance.

(2) V. M. Valette sur Proudhon, tom. 1er, pag. 147-149; M. Demolombe, tom. 1er, no 227; M. Ducaurroy, Code civil, tom. 1er, no 94.

de capacité n'est pas une question de fait, et je ne comprends plus dès lors que l'on puisse attaquer les actes émanés du condamné lui-même, sous prétexte d'une incapacité résultant d'un jugement mis au néant.

Il est vrai qu'il résultera de ce système une sorte d'incertitude dans l'état du contumax. Mais cette incertitude ne produira pas les inconvénients que le législateur a eu principalement pour but d'éviter en suspendant la mort civile; car elle n'influera aucunement sur la capacité de succéder, ni sur la légitimité des enfants.

61 *bis*. VI. Si ces raisons ne paraissaient pas suffisantes pour protéger contre les effets de l'interdiction les actes du contumax, dans les deux cas d'anéantissement du jugement, on trouverait peut-être dans les termes de la loi une raison particulière pour les valider du moins au cas de décès, cas où le condamné *est réputé mort dans l'intégrité de ses droits* (art. 31). Ces termes, qui semblent annoncer une fiction, seraient tout à fait inexacts s'ils ne devaient s'appliquer qu'à la jouissance des droits civils, puisque, en réalité, le condamné n'en a jamais été privé (art. 27). Si donc il y a fiction légale, elle ne peut tendre qu'à faire tomber les effets de l'interdiction qui a eu lieu. Pour échapper à ce résultat, on est obligé de dire que l'article 31 appartient à la première rédaction, où il se référait au système de mort civile provisoire à partir de l'exécution, et que c'est par inadvertance qu'il n'a pas été corrigé après l'abandon de ce système. Mais c'est là, selon moi, argumenter bien rigoureusement pour exclure une interprétation favorable.

Du reste, si l'on devait, en effet, admettre une différence sur ce point entre le cas de mort et celui de comparution, la différence s'expliquerait par cette considération, que le condamné pourrait, après sa comparution, refaire les actes viciés par son interdiction, tandis que, sans le remède de la fiction, sa mort n'en laisserait aucun contre leur inefficacité.

61 *bis*. VII. Tout considéré, je pense que l'interdiction du condamné pendant les cinq ans est entière et s'applique, en général, à tous les actes dont la mort civile rendrait incapable (1). Mais je

(1) Toutefois, le mariage n'étant pas de pur droit civil, et l'incapacité de contracter n'existant pour le mort civilement qu'en vertu de la disposition expresse de la loi, j'aurais peine à croire que cette incapacité résultât de la simple privation de l'exercice des droits civils. Peut-être aussi la reconnaissance d'un enfant n'étant

crois que l'incapacité qui en résulte est subordonnée à l'événement ultérieur de la mort civile. Selon moi, cette incapacité est effacée par la comparution ou le décès dans les cinq ans; mais, quand je ne le déciderais pas ainsi, en principe, pour les deux cas, je l'admettrais encore, par application de l'article 31, pour le cas de décès.

61 *bis*. VIII. Les biens du condamné devant, aux termes de l'article 28, être administrés, et ses droits devant être exercés, de même que ceux des absents, il semblerait naturel d'en conclure qu'immédiatement après l'exécution par effigie il y aurait lieu, soit à l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs (art. 120), soit à l'administration légale du conjoint commun en biens (art. 124).

C'est, en effet, dans ce sens que j'aurais appliqué l'art. 28 sous l'empire de la législation criminelle antérieure au Code qui nous régit. Car l'intention bien évidente du législateur était de déroger, au moins pour le cas ici spécialement réglé, aux dispositions générales du Code du 3 brum. an IV, qui séquestrait les biens des contumaces au profit de l'État, avec acquisition irrévocable des fruits, jusqu'à la comparution, la mort prouvée ou l'expiration de cinquante ans depuis la condamnation, sauf seulement pour les héritiers le droit d'obtenir au bout de vingt ans l'envoi en possession provisoire (V. Cod. 3 brum. an IV, art. 464, 475, 478, 482). Or, cette dérogation consistant dans la substitution du régime de l'absence au système de séquestre tel qu'il était organisé alors, il n'y avait d'autre moyen de se conformer à cette idée que d'appliquer purement et simplement les règles du Code civil sur l'absence. Voy. dans ce sens un avis du conseil d'État du 20 septembre 1809 (1), qui reconnaît, en effet, aux héritiers présomptifs le droit de se faire envoyer en possession, sauf, jusqu'à cet envoi, le maintien de la gestion et administration *au profit* de l'État.

considérée que comme moyen de rendre justice à cet enfant, en assurant son état, échapperait-elle à la rigueur de l'interdiction. Quant au testament, dont on pourrait aussi soutenir la validité en s'appuyant sur l'article 902 combiné avec l'article 912 (v. ci-dessus n° 27 *bis*. V), la question dans mon système n'aurait pas d'intérêt, puisque le testament sera nécessairement sans effet si la mort civile s'encourt par l'expiration des cinq ans (art. 25), et qu'il sera au contraire valable, comme le serait tout autre acte du condamné, si le jugement est anéanti.

(1) IV, B. 245, n° 4742. Cet avis, quoique postérieur à la promulgation du Code d'instruction criminelle, est cependant antérieur à sa mise en activité, qui n'a eu lieu successivement dans chaque ressort qu'à partir de l'installation de la cour impériale. V. DD. 2 février 1809 (IV, B. 224, n° 4098), 17 décembre 1809 (IV, B. 253, n° 4846), 23 juillet 1810 (IV, B. 304, n° 5779). C'est donc uniquement à la législation antérieure qu'il se réfère, pour la combiner avec l'article 28 du Code civil.

61 *bis*. IX. Mais n'en doit-on pas dire autrement sous l'empire de notre Code d'instruction criminelle, qui, tout en appliquant à l'administration des biens des condamnés l'idée d'absence introduite par l'article 28 du Code civil, semble cependant repousser les conséquences qu'on était jusque-là fondé à en tirer? Je crois, en effet, trouver, dans la disposition qui suspend jusqu'à l'irrévocabilité de la condamnation la reddition du compte du séquestre (C. instr. crim., art. 471), la preuve de la continuation du séquestre après l'exécution par effigie. Et dès lors, quand le même article commence par dire qu'à partir de cette exécution les biens seront considérés et régis comme biens d'absent, j'entends que c'est la direction des domaines de l'État qui, possédant déjà les biens à titre de séquestre, continue à les administrer, avec les pouvoirs et les obligations des autres administrateurs légaux de biens d'absent (1).

S'il en était autrement, et si les héritiers présomptifs ou le conjoint pouvaient obtenir l'administration, on ne comprendrait pas comment on leur refuserait ensuite le droit de se faire rendre immédiatement le compte du séquestre; droit cependant inconciliable avec la disposition précise de l'article 471.

On ne comprendrait pas davantage, dans ce système, la disposition de l'article 475, qui permet d'accorder, durant le séquestre, des secours à la femme, aux enfants et aux père et mère, c'est-à-dire à des personnes que leur qualité autoriserait, les unes ou les autres, à se faire envoyer immédiatement en possession.

Le système de la loi est au surplus facile à justifier; car, si les biens du contumax étaient remis aux proches parents ou au conjoint, ceux-ci seraient alors à même de faire passer au condamné ses revenus, qu'il est de la sagesse de la loi de retenir, pour le forcer, par le défaut de ressources, à se représenter.

61 *bis*. X. Le résultat auquel nous arrivons, par application de l'article 471 du Code d'instruction criminelle, n'ayant rien d'absolument contraire à la règle établie par l'article 28 du Code civil, je n'hésite point à comprendre dans cette application le cas particulier de condamnation à une peine emportant mort civile, cas d'ailleurs

(1) V. dans ce sens *Merlin*, Répert., v° *Séquestre pour contumace*; M. Valette sur Proudhon, tom. 1er, pag. 146; M. Demolombe, tom. 1er, n° 225. Du reste, je raisonne ici en vue du cas pur et simple de contumace, qui ne suppose pas nécessairement une absence sans nouvelles. Je m'explique un peu plus loin sur le cas où il y aurait absence véritable. V. ci-dessous n° 61 *bis*. XIII.

compris dans la généralité des termes et des motifs de la loi criminelle.

61 *bis*. XI. Le séquestre prescrit par notre Code d'instruction criminelle n'étant pas, comme sous la législation précédente, *établi au profit de l'Etat* (comp. C. instr. crim., art. 465, et Cod. 3 brum. an IV, art. 464, 475), on ne voit pas sur quoi l'on se fonderait pour accorder à l'État tout ou partie des fruits échus ou perçus pendant l'instruction et jusqu'à l'exécution par effigie (1). Quant au temps postérieur, on pourrait soutenir avec quelque probabilité que la direction des domaines, considérée comme administrateur légal de biens d'absent, aurait droit à la portion de fruits accordée par l'article 127. Mais je me hâte d'ajouter que ce système est repoussé par tous les auteurs, et avec raison, car on n'est pas ici dans le cas précis de l'article 127, qui ne dispose qu'en vue des envoyés en possession ou du conjoint; et la position est bien différente. En effet, les envoyés en possession et même le conjoint, dans l'incertitude où ils sont sur la vie ou la mort de l'absent, se rapprochent plus ou moins de la condition des possesseurs de bonne foi. Au contraire, l'idée de bonne foi est tout à fait étrangère à l'État, qui possède sciemment la chose d'autrui. Enfin, le principe d'acquisition de fruits à l'État a été repoussé d'une manière générale par le législateur de 1808 (2), comme une injuste confiscation; or, appliquer l'article 127, ce serait maintenir en grande partie cette injuste confiscation (3).

61 *bis*. XII. Quoique la loi n'indique, comme époque de la reddition de compte, et par conséquent comme terme du séquestre, que le moment où la condamnation devient irrévocable par l'expiration du délai de 20 ans (C. instr. crim., art. 471, 635, 641), il est pourtant évident que le séquestre serait levé, et le compte rendu, en cas de comparution du condamné, qui, redevenant ainsi simple accusé, devrait être remis en possession de ses biens (C. civ., art. 29; C. instr. crim., art. 476). Il n'est pas moins certain, que le séquestre cesserait encore par la mort prouvée du condamné, et que le compte devrait

(1) V. pourtant *Merlin*, Répert., v° *Séquestre pour contumace;* il refuse les fruits à l'État à partir de l'exécution par effigie, mais il les accorde jusque là.

(2) V. M. *Berlier*, Discours de présentation au corps législatif; *Merlin*, Répert., v° *Séquestre pour contumace*.

(3) V. M. Duranton, tom. 1er, n° 250; M. Valette sur Proudhon, tom. 1er, pag. 146; M. Demolombe, tom. 1er, n° 225.

être immédiatement rendu à ses héritiers. D'où nous devons également conclure qu'au cas de condamnation à une peine emportant mort civile, cette mort étant encourue par l'expiration de cinq ans, les héritiers, à qui les biens sont irrévocablement dévolus (art. 25, 718, 719) quoique la condamnation ne soit pas encore définitive, ont droit immédiatement à la reddition du compte et à la restitution des biens.

61 *bis*. XIII. En expliquant comme je l'ai fait toutes les conséquences du séquestre prescrit par le Code d'instruction criminelle, et repoussant ainsi l'idée d'une assimilation complète du contumax à l'absent, je n'entends pas dire que le fait d'une procédure et d'une condamnation par contumace doive nécessairement empêcher les effets ordinaires de l'absence, si l'on se trouve dans un cas de véritable absence, c'est-à-dire si l'on n'a aucunes nouvelles de l'accusé, qui peut-être était mort au moment même où a été commis le crime à lui imputé, ou lorsqu'a été dirigée contre lui l'action publique, que sa mort devait éteindre (C. instr. crim., art. 2).

61 *bis*. XIV. Ainsi, je ne vois pas pourquoi, avant comme après la condamnation par contumace, les parties intéressées ne pourraient pas, si les délais sont expirés, demander la déclaration d'absence, et, après cette déclaration, réclamer l'exercice, d'abord provisoire et plus tard définitif, des droits subordonnés à son décès, c'est-à-dire des droits qui leur compéteraient s'il était mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (v. art. 114, 121, 122, 120, 123, 129).

Si donc l'absence est déclarée à une époque quelconque, et que la disparition remonte à un temps antérieur à l'époque fixée pour l'établissement du séquestre (voy. C. instr. crim., art. 465), les héritiers présomptifs, les légataires, les donataires pourront, nonobstant l'article 471, dont l'application se trouverait écartée par la supposition de mort, obtenir l'exercice provisoire de leurs droits.

61 *bis*. XV. Par la même raison, et à quelque époque que l'absence soit déclarée, si les dernières nouvelles sont antérieures à l'expiration des cinq ans pendant lesquels la mort civile ne frappe pas, le droit des héritiers présomptifs au jour de la disparition, ou celui des légataires, devra prévaloir sur le droit de succession prétendu par d'autres comme conséquence de la mort civile. Car il est évident que l'absent n'a pu être frappé de mort civile à l'expiration des cinq

ans, s'il n'existait pas à cette époque, et la déclaration d'absence force précisément à cette supposition.

61 *bis*. XVI. Du reste, en soutenant, comme je le fais, la possibilité d'une déclaration d'absence avec les conséquences que j'indique, je n'entends pas nier l'influence que peut avoir l'état de contumace pour empêcher ou du moins pour suspendre cette déclaration. En effet, les juges, appréciateurs des motifs de l'absence et des causes qui empêchent d'avoir des nouvelles (art. 117), s'expliqueront naturellement le défaut de nouvelles par l'intérêt du contumax à se dissimuler; et cette considération, qui durera jusqu'à la prescription de la peine, les empêchera souvent de déclarer l'absence. Toutefois, c'est là un point abandonné à leur sagesse, et dont la décision peut dépendre des circonstances.

Quoi qu'il en soit, comme il doit venir un temps où ces considérations n'arrêteront plus, et comme la déclaration d'absence, si elle intervient alors, remontera toujours, quant à ses effets, au jour des dernières nouvelles, je pense que, dans cette attente, les parties intéressées pourraient être admises, même avant la déclaration d'absence, non pas à faire lever le séquestre (mesure conservatoire utile à tout événement), mais à s'opposer à l'appréhension des biens, par ceux qui se prétendraient héritiers en vertu de la mort civile; car, par événement, cette mort pourra se trouver n'avoir point été encourue. Cette opposition, si elle était accueillie, aurait pour effet la prolongation du séquestre jusqu'à ce qu'il eût été définitivement statué sur la demande en déclaration d'absence.

62. Les rigueurs déployées contre le contumax sont plutôt la peine de sa désobéissance à justice que l'effet d'une présomption de culpabilité. Du reste, l'équité veut, et il est de principe en toute matière, qu'une personne jugée sans avoir été entendue puisse se faire juger de nouveau. Cette règle s'applique particulièrement au contumax. Ainsi, sa comparution volontaire ou forcée, pourvu toutefois qu'elle ait lieu avant que la peine soit éteinte par prescription (v. C. instr. crim., art. 641), suffit pour anéantir de plein droit toute la procédure de contumace et le jugement qui l'a suivi. Cet anéantissement est complet et indépendant du jugement à intervenir (C. instr. crim., art. 476).

63. Ce principe, proclamé également par la législation antérieure (1), est appliqué par le Code civil au condamné par contumace à une peine emportant mort civile. Cependant, la loi distingue avec raison si la comparution a lieu avant ou après l'expiration des cinq années de grâce.

Au premier cas, l'application est simple : le condamné, qui n'est plus qu'un accusé, rentrant naturellement dans l'exercice de ses droits civils, est remis en possession de ses biens (2). Quant à la mort civile, il est évident qu'il ne peut l'encourir qu'en vertu d'une nouvelle condamnation à une peine qui l'emporterait, et à compter de l'exécution de cette condamnation. V. art. 29.

Au second cas, il y a bien aussi anéantissement du jugement, en ce sens qu'il y a lieu à jugement nouveau. Mais la mort civile, encourue purement et simplement par l'expiration du délai, ne peut plus cesser que pour l'avenir. Conséquemment, les effets qu'elle a produits pendant sa durée sont conservés au premier jugement pour le passé. Bien plus, quoique en principe la simple comparution anéantisse le jugement de contumace, quel que soit l'événement du jugement à intervenir, le Code civil semble n'attribuer qu'à un jugement d'*absolution* (3) l'effet de rendre au condamné la vie civile pour l'avenir, en faisant toutefois remonter cet effet au jour de la comparution. V. art. 30 ; v. aussi C. instr. crim., art. 476-al. dernier.

63 *bis*. I. Les termes de l'article 30 ne laissent aucun doute sur l'intention qu'a eue le législateur de subordonner à l'événement du nouveau jugement la réintégration du condamné dans ses droits, en faisant d'ailleurs remonter l'effet de ce jugement, s'il est favorable, au jour de la comparution. Mais la plupart des auteurs veulent voir une intention différente dans l'article 476 du Code d'instruction criminelle, qui, faisant généralement anéantir par la comparution dans les vingt ans le jugement et les procédures de contumace, ne réser-

(1) Ord. de 1670, tit. XVII, art. 18 ; Code de brum. an IV, art. 476.

(2) Quant au sort des actes qu'il aurait faits jusque-là. V. ci-dessus n° 61 *bis*. V.

(3) La loi ne distingue pas ici l'*absolution* de l'*acquittement* (v. C. instr. crim., art. 358, 364). Sa pensée, au reste, doit embrasser tout jugement qui ne condamnera pas à une peine emportant mort civile.

vent, pour le cas spécial de mort civile, les effets de ce jugement que dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution.

Pour moi, j'ai peine à croire que l'article 476 du Code criminel, dont la disposition finale semble calquée sur celle de l'article 30 du Code civil, auquel il renvoie formellement, ait pour but d'y déroger en rien. Je crois en conséquence que c'est en sous-entendant le cas de jugement favorable, exprimé par le Code civil, qu'il borne, comme l'article 30 lui-même, au jour de la comparution, les effets de la mort civile encourue.

Cette théorie d'ailleurs est raisonnable; car, lorsque la mort civile a une fois commencé en vertu de la condamnation par contumace, on ne comprendrait pas qu'on la considérât comme ayant cessé un seul instant, lorsqu'il est prouvé, à la suite d'un débat contradictoire, qu'elle était justement encourue. Il serait plus que bizarre d'aboutir ainsi à créer un intervalle de capacité entre deux morts civiles.

63 *bis*. II. Je pense, du reste, qu'en subordonnant à la condition d'un jugement favorable la rentrée dans la vie civile à partir de la comparution, le législateur a voulu seulement exclure de ce bénéfice le cas de nouvelle condamnation à une peine emportant mort civile. Mais, si le condamné, redevenu par sa comparution simple accusé, et ainsi nécessairement rétabli dans un état provisoire de capacité, vient à décéder avant le jugement, son décès, qui rend le jugement impossible, doit, ici comme dans tous les cas, faire admettre la supposition la plus favorable, et par conséquent produire le même résultat qu'un jugement d'absolution.

63 *bis*. III. La réintégration du condamné dans la vie civile lui restitue la capacité, c'est-à-dire l'aptitude aux droits, mais non les droits eux-mêmes dont la mort civile l'a dépouillé, et qui ont passé à d'autres à sa place; car la mort civile conserve ses effets pour le passé. Il s'ensuit que le condamné absous ne recouvre pas ses biens. C'est vainement que, pour échapper à cette conséquence rigoureuse, on argumente de l'article 471 du Code d'instruction criminelle comme maintenant, au profit de qui de droit, et par conséquent au profit du condamné lui-même s'il reparaît avant la prescription, la mesure conservatoire du séquestre (Comp., art. 471, 635, 641). Tel est bien, en effet, le sens naturel de l'article 471, et telle est l'application qu'il doit recevoir aux cas ordinaires de contumace;

mais il faut dire, au contraire, qu'aux termes mêmes de l'article 471, combiné avec les articles 25, 27 et 30 du Code civil, le séquestre, dans le cas particulier de mort civile, doit cesser à l'expiration des cinq ans qui la font encourir. Car, en ce qui concerne les biens dont la mort civile dépouille, la condamnation devient alors irrévocable, et il y a sous ce rapport expiration du délai donné par le Code civil pour purger la contumace. V. ci-dessus n° 61 *bis*. XII.

63 *bis*. IV. La condamnation étant irrévocable, quant à la dévolution des biens, par l'expiration du délai qui fait encourir la mort civile, il me paraît bien raisonnable d'en conclure également l'irrévocabilité des condamnations pécuniaires prononcées, soit au profit de l'État, soit au profit de la partie civile. La question, en effet, ne peut plus intéresser que les héritiers, puisqu'elle est relative à une charge de la succession. Or, il y aurait contradiction de leur part à décliner cette charge sous prétexte d'anéantissement du jugement, tout en retenant les biens par l'effet du même jugement. La pensée du législateur a donc dû être de se conformer sur ce point à la disposition de l'ancien droit, qui réputait contradictoires, après les cinq ans, les condamnations pécuniaires, et ce nonobstant la restitution des biens que le condamné pouvait encore obtenir (v. Ordonn. de 1670, tit. XVII, art. 28). A plus forte raison, doit-il en être ainsi sous l'empire d'une législation qui refuse absolument la restitution des biens (1).

63 *bis*. V. Suivant les mêmes principes, si l'on admet que, par application des articles 25 et 27, la mort civile encourue après les cinq ans a dissous le mariage, il faut bien dire que la rentrée dans la vie civile ne le rétablit pas, qu'il sera seulement loisible aux époux de faire de nouveau célébrer leur union, et que cette nouvelle

(1) Tout cela, au reste, est excessivement rigoureux; et la raison, non moins que l'humanité, se révolte à la vue d'un homme, légalement reconnu innocent, et subissant néanmoins les conséquences d'un crime qui lui a été faussement imputé. Selon moi, le législateur, en consacrant irrévocablement les effets produits par la mort civile, s'est trop laissé dominer par la considération des droits acquis et par celle du danger social qui résulterait de l'incertitude de l'état. Cette incertitude n'aurait pas offert ici plus d'inconvénients qu'en matière d'absence, où l'on est bien forcé de l'admettre. Quant au respect des droits acquis, il eût suffi de donner à la mort civile encourue après les cinq ans l'effet que produit en matière d'absence l'envoi en possession définitif, d'accorder en conséquence au condamné réintégré dans la vie civile la restitution de ses biens et le recouvrement des sommes payées en vertu des condamnations pécuniaires, mais en l'obligeant à prendre les biens dans l'état où ils se trouveraient, sans aucun droit de suite contre les tiers, et sans aucune caution pour assurer les restitutions (v. art. 129, 132).

célébration sera nécessaire pour légitimer les enfants issus depuis l'expiration des cinq ans. Ce sont là, il faut en convenir, de tristes conséquences ; et, si la morale se refuse à ratifier le principe même de dissolution du mariage par mort civile, combien plus ne s'élèvera-t-elle pas contre l'attribution de cet effet à une mort civile qui peut cesser. Mais la question est de savoir si le législateur l'a réellement voulu ainsi ; or, c'est ce que je ne puis croire en présence de l'article 227, qui, placé au siége de la matière, n'attribue à la condamnation à une peine emportant mort civile l'effet de dissoudre le mariage qu'autant qu'elle est *définitive;* caractère que je ne puis reconnaître à une condamnation tant que le condamné n'a point perdu par la prescription la faculté de purger la contumace (C. instr. crim., art. 641). Voy. au surplus, ci-dessous, ce que je dis sur l'article 227 (1).

63 *bis.* VI. Du reste, en refusant à la mort civile encourue après les cinq ans l'effet de dissoudre le mariage, je n'entends nullement lui refuser celui de dissoudre la communauté (voy. art. 1441), ni interdire au conjoint l'exercice des divers droits et actions autorisés par la disposition finale de l'article 25. Il n'y a vraiment rien de contradictoire entre ces deux résultats, car il y a d'autres cas où la communauté se dissout du vivant des époux et pendant la durée de leur mariage : c'est ce qui arrive s'il y a séparation de corps ou de biens. Quant aux gains de survie, il est vrai que ces événements n'y donnent pas ouverture ; mais cela tient uniquement à ce qu'ils ne font pas arriver la condition sous laquelle les droits ont été stipulés. Cette raison n'est pas applicable ici, et l'on sent bien que les motifs qui ont dicté l'attribution de cet effet à la mort civile en général ne cessent pas d'être applicables : il suffit que la succession soit ouverte, et irrévocablement ouverte, pour justifier, d'après la commune intention, l'ouverture des droits de survie (v. ci-dessus n° 56 *bis*).

64. La loi accordant cinq ans au contumax pour se représenter, et la condamnation ne faisant réellement peser sur lui dans ce délai aucune présomption de culpabilité, sa mort dans les cinq ans doit, comme sa comparution, opérer l'anéantissement du jugement. Quant à la mort civile, il est clair

(1) V. dans le même sens M. Duranton, tom. 1er, n° 253 ; v. au contraire M. Valette sur Proudhon, tom. 1er, pag. 477 (a); M. Demolombe, tom. 1er, n° 231.

qu'il ne l'a pas encourue et qu'il ne peut plus l'encourir. Il est donc *réputé*, disons mieux, il est *vraiment* mort dans l'intégrité de ses droits. A l'égard du crime qui lui est imputé, l'anéantissement de la condamnation fait qu'il n'y a rien de jugé. Dès lors, il y a lieu à nouveau jugement, non de la justice criminelle, car l'action publique est éteinte par la mort du prévenu; mais l'action civile peut être intentée contre ses héritiers; auquel cas, c'est nécessairement devant les tribunaux civils qu'elle doit être portée. V. art. 31; et à ce sujet C. instr. crim., art. 1, 2 et 3.

64 *bis*. La disposition qui, au cas de décès dans les cinq ans, *répute* le condamné mort dans l'intégrité de ses droits, appartient à la rédaction primitive de la loi (1); elle se lie parfaitement au système de mort civile provisoire à partir de l'exécution, système abandonné depuis sur les observations du tribunat (2). Il est clair que, dans la théorie qui a prévalu, nulle fiction n'est nécessaire pour décider que le condamné a conservé la vie civile jusqu'à sa mort naturelle. Mais la loi peut encore vouloir dire que l'interdiction même, dont il a été frappé dans les cinq ans, est réputée non avenue quant à ses effets de droit, c'est-à-dire quant à l'incapacité qui en était la suite; je ne vois pas pourquoi l'on se refuserait à l'entendre dans ce sens. C'est un moyen de plus d'arriver ici à un résultat favorable qui, au surplus, me paraît déjà commandé par l'anéantissement du jugement (3).

65. Le condamné, contradictoirement ou par contumace, peut, en se soustrayant pendant un long espace de temps aux recherches de la justice, se mettre pour l'avenir à l'abri de son action. Après vingt ans de la date de l'arrêt il y a prescription (C. instr. crim., art. 635). Mais le condamné qui a prescrit sa peine ne peut, sous aucun rapport, être assimilé à celui qui purge sa contumace. Loin de présumer son innocence, la loi ne lui permet plus d'en offrir la démonstration en se soumettant volontairement aux chances d'un nouveau

(1) V. rédaction communiquée au Tribunat, art. 25; Fenet, tom. 7, pag. 132.
(2) V. ci-dessus n° 61 *bis*. I.
(3) V. ci-dessus n° 61 *bis*. V, VI et VII.

jugement. Car, par l'effet de la prescription, la condamnation, même par contumace, devient irrévocable (v. C. instr. crim., art. 471 *in fin.*, 476, 641).

Au reste, comme en se soustrayant à la peine il n'a pu se soustraire à la mort civile, qui l'a frappé par le moyen de l'exécution par effigie, la prescription de la peine ne le réintègre en aucun cas dans ses droits civils, même pour l'avenir. V. art. 32.

65 *bis*. Cette disposition n'a certainement rien de contraire aux principes. C'est bien mal à propos qu'on voudrait dire alors que la mort civile est un effet sans cause. Car le jugement qui l'a produit n'est pas anéanti. Il subsiste, au contraire, et constitue irrévocablement la présomption légale qui s'attache à la chose jugée. Seulement il ne peut plus recevoir d'exécution réelle. Mais peu importe quant à la mort civile qui, soit immédiatement, soit après cinq ans, est résultée de l'exécution par effigie.

Quant à la cruelle position d'un homme, peut-être innocent, qui subira ainsi la mort civile en vertu d'une condamnation dont la rigueur de notre droit criminel ne lui permettra plus de démontrer l'injustice (C. instr. crim., art. 641), il restera pour s'en affranchir le recours à la clémence du roi. V. ci-dessus n° 47 *bis*, II.

66. Le mort civilement qui a prescrit sa peine vit au sein de la société sous la protection des lois (v. cependant C. instr. crim., art. 635). C'est à lui principalement que se trouvent applicables les diverses incapacités ci-dessus indiquées.

Au reste, le mort civilement, soit qu'il subisse sa peine, soit qu'il l'ait prescrite, peut acquérir de nouveaux biens; mais là s'applique l'incapacité de transmettre prononcée par l'article 25. Si donc il vient à mourir, il y a forcément déshérence, et par conséquent dévolution à l'État (C. civ., art. 539, 713, 723, 768). Toutefois, la loi, qui brise les liens qui l'unissaient à son conjoint et à sa famille, ne considère pas ces liens comme entièrement détruits. Elle permet au roi d'y avoir égard pour faire telles dispositions que l'humanité lui suggérera. V. art. 33.

66 *bis*. I. Le droit de *déshérence* consiste, pour l'État, à s'emparer des biens d'un défunt en l'absence d'héritiers. C'est la conséquence du principe qui attribue à l'État les biens vacants et sans maître (art. 539, 713). Ce droit est consacré pour la succession des personnes mêmes qui pourraient légalement avoir des héritiers, mais qui par le fait n'en ont pas (v. art. 723, 768). Il y a évidemment lieu de l'appliquer ici, puisque le mort civilement, incapable de transmettre (art. 25), ne peut avoir d'héritiers. Aussi tient-on généralement que le droit de déshérence proclamé par l'article 33 n'est pas compris dans l'abolition de la confiscation prononcée par l'article 57 de la Charte (Ch. de 1814, art. 66).

Ainsi expliqué, le droit de l'État est absolu et ne cesserait pas même, selon moi, en présence d'enfants issus d'un mariage putatif, dont l'article 202 assurerait pourtant la légitimité (voy. ci-dessus n° 55 *bis*, VII); seulement la position de ces enfants serait un puissant titre pour provoquer en leur faveur les dispositions d'humanité permises au roi.

66 *bis*. II. En ce qui concerne ces dispositions, la loi détermine la qualité des personnes en faveur desquelles le roi peut les faire. Les personnes désignées sont, la veuve, les enfants et les parents, sans aucune distinction exprimée entre la ligne directe et la ligne collatérale. Quant à l'ordre à suivre entre ces personnes et à l'importance relative des concessions que chacune pourra obtenir, la loi ne fixe rien; elle s'en réfère uniquement à ce que l'humanité suggérera. Toutefois, je crois qu'il conviendra, en général, mais toujours cependant suivant les circonstances, d'observer l'ordre de vocation à la succession légitime, en tenant compte à la veuve des droits que lui auraient attribués sur cette succession ses conventions matrimoniales. J'ai peine à croire, du reste, que la faveur réservée à la veuve dût être refusée au mari veuf de la femme morte civilement. Je crois aussi que les dispositions autorisées en faveur du conjoint et des enfants pourraient s'appliquer au cas même de mariage contracté depuis la mort civile, et ce nonobstant la privation d'effets civils, et indépendamment dès lors de la condition de bonne foi. Je crois même, toujours parce qu'il ne s'agit que d'une question d'humanité, que sous le nom d'enfants on pourrait comprendre même les enfants naturels.

§ II.

De la privation partielle des droits civils, par suite des condamnations judiciaires.

67. La flétrissure morale qu'imprime toute condamnation à une peine infamante ne saurait se concilier avec la jouissance de certains droits civils, principalement fondés sur la confiance qu'inspirent ceux qui sont appelés à les exercer.

Le Code civil lui-même applique ce principe: 1° en ce qui concerne, pour le mari, le droit d'autoriser sa femme (v. art. 221); 2° en ce qui concerne la capacité d'être tuteur (art. 443), et par suite celle de voter dans les conseils de famille (art. 445).

Mais, indépendamment de ces dispositions particulières, qui seront expliquées et analysées en leur lieu, il existe dans la législation pénale des dispositions plus générales, en vertu desquelles on peut encourir, principalement ou accessoirement, indéfiniment ou à temps, la privation partielle des droits civils par suite de condamnations judiciaires.

68. Ainsi, au nombre des peines infamantes se trouve la dégradation civique, qui doit dès lors, aux cas que la loi détermine, être prononcée comme peine principale (C. pén., art. 8), mais qui, sans avoir besoin d'être prononcée, est l'accessoire nécessaire de la condamnation à certaines peines. La loi, du reste, attribue cet effet à toutes les peines criminelles actuellement admises qui n'ont pas l'effet plus étendu d'emporter mort civile (v. C. pén., art. 28).

68 *bis*. L'équivalent de notre proposition sur la dégradation civique accessoire se trouvait, à peu de chose près, dans le Code pénal avant la réforme opérée par la loi du 28 avril 1832, mais l'expression était différente; et la pensée elle-même, qui certainement était identique (1), n'était pas complétement énoncée. L'article 28 énumérait les incapacités encourues par les condamnés, sans faire mention de l'exclusion ou destitution des fonctions ou emplois publics; puis l'article 34, définissant la dégradation civique, la faisait

(1) V. Const. de l'an VIII, art. 4, et ci-dessus n° 16 *bis*. II.

consister : 1° dans cette exclusion ou destitution; 2° dans les incapacités énumérées dans l'article 28.

La loi aujourd'hui procède tout autrement et s'exprime de manière à lever toute équivoque. L'article 28 dit que les condamnations aux peines déterminées emportent la dégradation civique; et la définition de cette peine, de quelque manière qu'elle soit encourue, se trouve ensuite dans l'article 34.

69. Dans les deux cas, la dégradation civique consiste dans la privation non-seulement de tous les droits civiques (v. C. pén., art. 34-1°, 2° et 5°), mais dans la privation de certains droits civils qui reposent sur une confiance que le condamné n'est plus digne d'inspirer.

Les effets de la dégradation civique, quant aux droits civils, consistent : 1° dans l'incapacité d'être expert ou témoin ; ce qui pourtant n'exclut point l'aptitude à déposer en justice pour y donner de simples renseignements (C. pén., art. 34-3°);

2° Dans l'exclusion des conseils de famille et dans l'incapacité de la tutelle ou de toute autre fonction du même genre, sauf toutefois l'exception relative aux propres enfants du condamné, dont il n'est plus, il est vrai, tuteur de droit, mais à l'égard desquels il peut encore remplir les fonctions ci-dessus, sur l'avis conforme de la famille (C. pén., art. 34-4°).

70. La dégradation civique est encourue, et par conséquent les incapacités commencent, du jour où la condamnation contradictoire devient irrévocable. Elle s'encourt même en vertu des condamnations par contumace, et sans attendre leur irrévocabilité (1), mais du jour seulement de l'exécution par effigie (C. pén., art. 28). Cette double règle, au reste, quoiqu'elle semble plus spécialement proclamée pour la dégradation civique accessoire, s'applique incontestablement à la dégradation civique prononcée comme peine principale.

70 *bis*. Avant la réforme introduite par la loi de 1832, le Code pénal ne s'expliquait pas sur le moment où devaient s'encourir les incapacités établies par l'article 28. Mais cet état pénal étant, comme

(1) Sauf, bien entendu, l'effet ordinaire de la comparution du condamné (C. instr. crim., art. 476).

la mort civile, la suite de la condamnation à une autre peine, on appliquait par analogie la règle qui suspendait cette mort jusqu'à l'exécution (v. Avis du cons. d'État du 8 janv. 1823 (1); C. c., rej. 8 avril 1826 (2)). Au reste, cette idée ne pouvant s'étendre à la dégradation civique prononcée comme peine principale, on devait, dans le silence de la loi, en fixer le commencement au moment où l'arrêt qui la prononce contradictoirement devient irrévocable. Quant aux condamnations par contumace, il était naturel de suspendre dans les deux cas les incapacités jusqu'à l'exécution par effigie, seul mode de signification au condamné absent; mais on devait les faire commencer immédiatement après, car les motifs qui font différer alors la mort civile pendant cinq ans sont ici totalement inapplicables.

C'est ce dernier système que la nouvelle loi a formellement consacré pour la dégradation civique accessoire, et qui, bien entendu, continue d'être applicable, par la seule force de principes, au cas de dégradation civique prononcée comme peine principale.

71. Lors même qu'elle n'est que l'accessoire d'une peine temporaire, la dégradation civique est toujours une peine, sinon perpétuelle, au moins d'une durée indéfinie. Ses effets ne peuvent cesser que par une réhabilitation obtenue sous les conditions et dans les formes légales (v. à ce sujet C. instr. crim., art. 619 et suivants).

71 *bis*. I. Avant la loi de 1832, la réhabilitation, moyen de faire cesser les incapacités encourues aux termes de l'article 28, ne pouvait s'appliquer à la dégradation civique prononcée comme peine principale, puisque la loi exigeait, comme première condition de la réhabilitation, que la peine fût subie (v. C. instr. crim. de 1808, art. 619). Or, la peine de dégradation civique, dont la durée est indéfinie, ne peut jamais être réputée subie. Mais la loi nouvelle autorise la demande en réhabilitation du condamné à la dégradation civique, cinq ans après que la condamnation est devenue irrévocable. C'est aussi cette loi qui pour tous les cas a proclamé l'effet de la grâce ou de la commutation de peine, pour rendre apte à la réhabilitation (v. C. instr. crim. réformé, art. 619).

71 *bis*. II. La grâce même ou la commutation qui affranchirait

(1) VII, B. 579, n° 14047.
(2) J. P., tom. 76, pag. 464.

de la peine principale, après la dégradation civique encourue, ne la ferait pas cesser; elle aurait seulement, comme l'expiration de la peine, l'effet de rendre apte à la réhabilitation (v. C. instr. crim., art. 619). Et toutefois, comme la dégradation civique, même accessoire, est elle-même une peine, je crois que la grâce pourrait en relever sans réhabilitation, si les lettres de grâce s'en expliquaient formellement (nonobst. Avis du cons. d'État du 8 janv. 1823; v. ci-dessus n° 47 *bis*. II).

A plus forte raison, n'hésiterais-je pas à reconnaître de plein droit cet effet à la grâce, si la dégradation civique était prononcée comme peine principale; à cet égard, je ne distinguerais même pas si elle était ou non accompagnée de la peine d'emprisonnement (v. à ce sujet C. pén., art. 35).

71 *bis*. III. L'effet que n'aurait pas la grâce, du moins sans une clause expresse, la prescription ne l'aurait pas davantage; à cet égard, il en doit être de la dégradation civique accessoire comme de la mort civile, car les principes qui ont dicté l'article 32 sont applicables. Il est évident que la prescription ne pourrait non plus s'appliquer à la dégradation civique prononcée comme peine principale, car il reste toujours vrai que le condamné ne peut, par aucun fait de sa part, se soustraire aux effets de droit de la condamnation qui le frappe d'incapacité; et cela suffit pour rendre la prescription impossible. Ainsi, il y a dans notre législation un cas où la disposition générale de l'article 635 du Code d'instruction criminelle reste sans application, c'est celui de condamnation à la dégradation civique prononcée sans emprisonnement.

Du reste, le délai de la prescription n'en resterait pas moins applicable à ce cas comme à tout autre, pour rendre irrévocable la condamnation par contumace (v. C. inst. crim., art. 641, 471, 476). Ce serait jouer sur les mots que d'invoquer ces articles pour soutenir le contraire.

72. Les peines afflictives ont de plus, mais seulement pendant leur durée, l'effet de priver entièrement le condamné de l'exercice de ses droits civils; la loi les déclare en état d'*interdiction légale* (v. C. pén., art. 29, 30 et 31).

72 *bis*. I. Les effets de l'interdiction légale n'étant pas autrement définis, il paraît naturel de lui attribuer, en général, ceux de l'in-

terdiction judiciaire, et d'appliquer ainsi à toute espèce d'actes l'incapacité qu'elle doit produire (v. art. 502). La loi semble le supposer, puisqu'elle prescrit, dans ce cas comme dans l'autre, la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur (C. pén., art. 29; v. à ce sujet C. civ., art. 505). Toutefois, pour l'une comme pour l'autre interdiction, il reste à savoir si elle s'applique au mariage et aux donations ou testaments, qui ont des conditions particulières de capacité, au nombre desquelles la loi n'énonce pas celle de n'être pas interdit (1). La négative pourrait surtout s'appuyer ici sur ce que l'interdiction du condamné semble avoir pour but unique de lui enlever les moyens de se procurer des ressources pécuniaires (2).

Cependant il me paraît bien difficile d'admettre dans aucun cas la validité du testament fait par un interdit, car l'interdiction emporte virtuellement prohibition de disposer de ses biens d'une manière quelconque (3). Mais je crois, en effet, que l'interdiction légale ne formerait pas empêchement au mariage (4). Je crois qu'elle ne devrait pas non plus faire obstacle à la reconnaissance d'un enfant naturel, car celui qui a été capable de le procréer doit être capable de lui rendre justice en assurant son état (5).

72 *bis*. II. L'incapacité de l'interdit a nécessairement pour conséquence l'invalidité de ses actes (v. art. 502). Mais, si l'on suit la règle ordinaire, il faut dire que la nullité, purement relative, est susceptible de se couvrir, qu'elle doit être invoquée dans un certain temps, et ne peut l'être que par l'incapable lui-même ou ses représentants (v. art. 1124, 1125, 1304, 1338). Toutefois cette théorie, satisfaisante quand il s'agit d'une incapacité protectrice fondée sur la faiblesse de l'intelligence et de la volonté, est susceptible de graves objections quand on l'applique à une incapacité pénale. Si bien, qu'en conservant alors à la nullité son caractère purement relatif, on serait plutôt tenté de refuser à l'incapable le droit de la faire valoir, en permettant de l'invoquer contre lui. Mais c'est là une idée qu'on ne saurait admettre, car elle ferait entièrement défaillir le but

(1) V. ci-dessous titre *Du mariage*, chap. I[er]; et titre *Des donations*, chap. II.
(2) V. M. Demolombe, tom. 1[er], n° 192.
(3) M. Duranton, tom. 8, n° 181; nonobstant arrêt de Rouen 28 décembre 1822 (J. P. tom. 65, pag. 370).
(4) V. M. Valette sur Proudhon, tom. 2, pag. 554; et ci-dessous titre *Du mariage*, chap. I[er].
(5) V. ci-dessus n° 61 *bis*. VII n., où j'examine la même question relativement au contumax privé de l'exercice des droits civils.

de l'interdiction. En effet, déclarer valables contre l'interdit les engagements qu'il contracte, ce serait lui laisser son crédit et le moyen de se procurer ainsi des ressources en s'obligeant. Au reste, cette objection disparaîtrait si l'on déclarait commun à l'interdit et à ceux qui contractent avec lui le droit d'invoquer la nullité, soit que l'on considérât alors l'acte comme *nul de droit,* dans toute la force de ce terme, soit qu'on le considérât seulement comme rescindable, mais à la volonté de l'une ou de l'autre partie. Voilà, sans doute, ce que la loi aurait pu faire, et ce qui m'eût paru assez raisonnable pour éviter de faire résulter d'une peine une position privilégiée. Mais l'équité l'exigeait-elle? je ne le pense pas, car ceux qui traitent avec l'interdit sont censés connaître sa condition, et ici, comme dans tous les cas, cette circonstance suffit pour justifier contre eux l'application de l'article 1125. Je crois donc, en définitive, qu'il faut s'en tenir, dans le silence de la loi, à la disposition de l'art. 1125, qui constitue la théorie générale de la loi sur l'incapacité. Seulement, s'il était prouvé en fait que l'interdit a trompé sur son état, ce qui est difficile à supposer pendant qu'il subit réellement sa peine, je crois bien que, à titre de réparation de son dol, il pourrait être tenu de l'engagement par lui contracté, et non recevable à en demander la nullité. C'est, du reste, ce que j'appliquerais à tout autre incapable convaincu de dol, nonobstant l'article 1307, dont l'indulgence consiste uniquement à ne point voir ce caractère dans le mensonge du mineur qui se déclare majeur. Mais cette indulgence, justifiée par la faiblesse de l'âge, ne saurait s'appliquer ici; et je n'hésiterais pas à reconnaître le dol de notre interdit, non-seulement dans la fausse déclaration, mais dans la simple dissimulation de son état.

72 *bis.* III. L'interdiction légale est bornée à la durée de la peine; ainsi, à la différence de la dégradation civique, elle cesse de plein droit quand la peine est subie, remise ou commuée. Mais il n'en faut pas conclure que son effet soit suspendu jusqu'au commencement effectif de la peine par l'exécution réelle de la condamnation. Là s'appliquerait, en s'attachant aux termes mêmes de la loi, la disposition qui fait compter la durée de la peine du jour où la condamnation sera devenue irrévocable (C. pén., art. 23). Au reste, cette disposition, malgré sa généralité, n'a trait évidemment qu'aux condamnations contradictoires; car, au cas de contumace, le condamné pouvant être arrêté pendant vingt années, temps de la pres-

cription de la peine (v. C. instr. crim., art. 635), et sa comparution, volontaire ou forcée, dans ce délai le remettant à l'état de simple accusé (C. instr. crim., art. 476), il est impossible de faire courir pendant ce temps la durée de la peine, puisque la condamnation n'est pas encore irrévocable; et, d'un autre côté, il serait dérisoire d'appliquer la disposition de l'article 23, lorsque arrive cette irrévocabilité, puisqu'alors la peine est prescrite.

Au cas même de condamnation contradictoire, il paraît encore impossible d'appliquer l'article 23 lorsque le condamné se soustrait par évasion à la peine contre lui prononcée. C'est seulement quand il est sous la main de justice que la raison permet d'imputer favorablement sur la durée de sa peine le temps qui en précède l'application réelle.

Quoi qu'il en soit, je me règle par d'autres principes pour faire encourir l'interdiction par le condamné, soit au cas de contumace, soit au cas d'évasion, pendant le temps même qui ne s'impute pas en sa faveur sur la durée de sa peine. Car je ne vois pas comment les effets de pur droit que doit produire la condamnation seraient arrêtés par le fait qui en arrête l'exécution corporelle. Je crois donc qu'il en est de l'interdiction légale comme de la dégradation civique, qui, aux termes de l'article 28 du Code pénal, s'encourt du jour où la condamnation contradictoire devient irrévocable, ou, en cas de condamnation par contumace, du jour de l'exécution par effigie. Je remarque seulement, qu'au cas de condamnation par contumace l'interdiction encourue ne donnera pas lieu à nomination du tuteur (nonobstant C. pén., art. 29); l'article 471 du Code d'instruction criminelle ayant pourvu autrement à l'administration des biens, considérés alors comme biens d'absent (v. ci-dessus n° 61 *bis*. IX). Ainsi expliqué, l'article 29 du Code pénal aura pour effet d'étendre à tout condamné par contumace à une peine afflictive la privation de l'exercice des droits civils, qui n'est prononcée par l'article 28 du Code civil que pour le cas de condamnation à une peine emportant mort civile. Ainsi, les deux règles établies par cet article se trouveront généralisées pour tous les cas de condamnation par contumace à une peine afflictive : l'une par l'article 471 du Code d'instruction criminelle, l'autre par l'article 29 du Code pénal. *Secùs*, si la peine prononcée contre le contumax est seulement infamante, car, s'il y a toujours séquestre et administration des biens comme biens d'absent

(C. instr. crim., art. 471), il n'y a point alors d'interdiction légale (v. C. pén., art. 29).

72 *bis*. IV. Quoique la dégradation civique s'encoure en vertu d'une condamnation par contumace (C. pén., art. 28), et que la même règle me semble devoir s'étendre à l'interdiction légale, il est bien entendu que l'un ou l'autre effet ne peut être que provisoire et subordonné au fait que la contumace sera ou non purgée. Ainsi, l'anéantissement du jugement qui résulterait de la comparution dans le délai utile effacerait certainement toutes les incapacités produites par la condamnation. Cette restitution, selon moi, serait rétroactive, car j'appliquerais ce que j'ai dit plus haut pour la privation de l'exercice des droits civils par suite de condamnation à une peine emportant mort civile (1); en attribuant ici à la comparution dans les vingt ans l'effet réservé là à la comparution dans les cinq ans (v. C. instr. crim., art. 476, 635, 641). Pareillement, je crois que la mort dans les vingt ans devrait produire ici l'effet attribué par l'article 31 à la mort arrivée dans les cinq ans.

73. Indépendamment des effets attachés aux condamnations criminelles par les articles ci-dessus, l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils et de famille est elle-même considérée comme une peine correctionnelle, que les tribunaux peuvent ou doivent prononcer dans les cas déterminés par la loi (C. pén., art. 9, 42, 43). Remarquons à ce sujet que les droits civils, auxquels s'applique l'interdiction dont il s'agit, sont précisément les mêmes que ceux dont la dégradation civique opère la privation (v. C. pén., art. 42-5°, 6°, 7°, 8°).

74. Il existe dans la législation un autre cas où la jouissance des droits civils pourrait n'être que partielle, c'est celui de déportation. En effet, la mort civile qui est la suite de cette peine n'est pas exclusive de la faculté attribuée au gouvernement d'accorder au déporté l'exercice de tout ou partie des droits civils (C. pén., art. 18-al. dernier).

(1) V. ci-dessus n° 61 *bis*. V et VII.

TITRE DEUXIÈME.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

75. Les personnes mêmes qui jouissent des droits civils les exercent diversement, suivant leurs diverses qualités. Ces qualités, en raison desquelles chaque personne exerce différemment ses droits civils, constituent son état civil. Cet état diffère principalement à raison de l'âge et du sexe, de la famille à laquelle on appartient, du rang qu'on y occupe, comme père, comme époux, comme enfant. On sent assez combien il est important de fixer, sous tous ces rapports, l'état des personnes. Pour y parvenir, la loi veut que l'on constate par des procès-verbaux la naissance et la filiation, le mariage, et le décès de chacun. Ce sont ces procès-verbaux que l'on désigne sous le nom d'actes de l'état civil.

75 *bis*. La constatation de l'état des personnes par des actes régulièrement dressés et conservés ne s'est introduite dans la législation française que successivement. Le clergé d'abord avait pris l'initiative en tenant registre, dans les paroisses, des baptêmes, mariages et sépultures. Au seizième siècle, des ordonnances royales (1), en consacrant et prescrivant même, à certains égards, cette pratique, commencèrent par attribuer force probante aux actes ainsi dressés.

Plus tard, l'ordonnance de 1667, complétée depuis par la déclaration du 9 avril 1736, perfectionna le système ébauché par les ordonnances précédentes. Cette ordonnance prescrivit la tenue de registres, dans chaque paroisse, pour l'inscription des actes, et régla les formes propres à en assurer la sincérité, l'exactitude, la conservation et la publicité (2). Au reste, dans ce système de législation, l'état civil se trouvait totalement confondu avec l'état religieux, si bien que le fait de la naissance ou du décès, dont l'acte constituait la preuve légale et qui devait à cette fin y être énoncé, n'était pourtant pas l'objet principal de cet acte; ce qu'il tendait directe-

(1) Ord. de Villers-Cotterets, 1539; Ord. de Blois, 1579.
(2) V. Ord. de 1667, tit. XX, art. 7-14; Décl. de 1736, art. 1-24.

ment à prouver, c'était le baptême ou la sépulture ecclésiastique (1).

De là naissaient des difficultés pour l'établissement de l'état civil lorsque, le fait religieux n'étant point accompli, il ne pouvait en être dressé acte.

A cet égard, des formes exceptionnelles furent prescrites pour la constatation des décès (2). Mais, depuis l'édit d'octobre 1685 jusqu'à l'édit du 18 novembre 1787, qui rendit l'état civil aux protestants, il n'exista vraiment aucun moyen légal de constater *à priori* les naissances s'il n'y avait baptême, et les mariages s'il n'y avait célébration par les ministres du culte catholique. Cet état de choses dut cesser complétement à la révolution. Alors, la liberté des cultes étant proclamée, on sentit la nécessité d'établir un mode général pour constater, indépendamment de la croyance et des actes religieux, l'état civil des personnes. Cette matière fut réglée par la loi du 20 septembre 1792 et par celle du 19 décembre suivant. C'est d'après les mêmes vues qu'elle l'est aujourd'hui par le Code civil.

76. Notre titre contient d'abord des règles communes à tous les actes de l'état civil; elles sont comprises dans le premier chapitre. Il y a ensuite pour chaque nature d'acte des règles spéciales qui font l'objet des chapitres 2, 3 et 4. Le 5e chapitre contient les exceptions admises, dans un cas particulier, aux règles précédemment tracées. Enfin un chapitre spécial est consacré à la rectification de ces actes.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

77. Ces dispositions sont relatives à la rédaction des actes (art. 34-39);

A la tenue et à la conservation des registres sur lesquels les actes doivent être inscrits (art. 40-44);

A la publicité des actes (art. 45);

(1) Quant au mariage, la confusion était forcée, puisque la célébration religieuse constatée par l'acte était la condition civile de la validité.

(2) Décl. 11 décembre 1685; Décl. de 1736, art. 13.

A la manière de suppléer aux actes tenus dans la forme ordinaire (art. 46-48).

L'article 49 indique la marche à suivre dans un cas particulier d'une application assez fréquente.

Le reste du chapitre a principalement pour objet la sanction des dispositions précédentes (art. 50-54).

78. Les actes doivent être rédigés dans la forme la plus propre à certifier leur sincérité.

Trois sortes de personnes concourent à cette rédaction : l'officier de l'état civil (1), les témoins et les comparants ou parties intéressées.

Les comparants déclarent à l'officier public les faits qu'ils ont intérêt à faire constater.

L'officier de l'état civil atteste que les déclarations ont été faites; il constate en outre certains faits de *visu*.

Les témoins sont là pour corroborer le témoignage de l'officier de l'état civil; ils servent aussi à certifier l'identité des comparants et la sincérité de leurs déclarations. Du reste, il est un cas (art. 78) où les témoins sont eux-mêmes déclarants.

78 *bis*. I. La foi des actes repose en grande partie sur la responsabilité qu'encourraient ceux qui participent à leur confection, si le rôle qu'ils sont appelés à y jouer n'était pas exactement et fidèlement rempli. Appliquons cette proposition à l'officier public, aux comparants et aux témoins.

L'officier de l'état civil qui constaterait comme lui ayant été faites des déclarations qu'il n'aurait pas effectivement reçues, ou qui attribuerait ces déclarations à d'autres qu'à leurs véritables auteurs; enfin, celui qui, d'une manière quelconque, altérerait sciemment la vérité dans l'expression des faits qu'il était chargé de constater lui-même, se rendrait coupable de faux en écritures publiques, et passible des peines portées contre ce crime (v. C. pén., art. 145, 146).

78 *bis*. II. Les parties qui feraient une déclaration mensongère sur les faits dont l'acte est destiné à offrir la preuve seraient coupa-

(1) Ces fonctions sont confiées aux maires ou adjoints (Loi du 28 pluv. an VIII (17 fév. 1800) [III, B. 17, n° 115], art. 13). Mais c'est là une attribution spéciale qui ne rentre nullement dans leurs fonctions administratives. Ils sont, à cet égard, fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

bles, sinon de *faux*, au moins de faux témoignage (v. C. pén., art. 147, 345, 363); j'en dirais autant d'une personne qui se présenterait sous le nom d'un autre individu pour attribuer à celui-ci la déclaration qu'elle fait. Du reste, il y aurait certainement faux, si au fait de supposition de personne le comparant joignait celui de contrefaçon de signature (v. C. pén., art. 147).

Il va sans dire d'ailleurs que tous les faits illicites que l'on vient d'énoncer soumettraient leurs auteurs à la réparation du dommage ainsi causé (art. 1382); et cela quand même le défaut de malice dans l'intention enlèverait au fait le caractère de crime.

78 *bis*. III. Quant aux témoins, quelque idée qu'on se fasse du rôle qu'ils sont appelés à jouer dans l'acte, il faut toujours bien admettre que leur concours y est nécessaire, que ce concours dès lors constituerait de leur part aide et assistance pour sa confection, et que cette assistance, donnée avec connaissance, les rendrait complices des crimes que pourraient commettre l'officier public et les parties (v. C. pén., art. 60). Si l'assistance donnée avec connaissance constitue complicité, l'assistance légèrement donnée constituerait certainement faute par imprudence, qui pourrait rendre passible de dommages et intérêts. C'est une raison pour que les témoins, qui doivent être choisis par les parties (art. 37), ne prêtent pas leur ministère à des inconnus, qu'ils pourraient, sans le vouloir, aider à commettre un crime; et l'on comprend, dès lors, comment la présence des témoins contribue moralement à certifier la déclaration des comparants, soit sur leur identité, soit sur la vérité des faits déclarés.

79. Comme tous actes publics, ceux de l'état civil doivent énoncer précisément l'époque de leur confection; on indique l'année, le jour, l'heure. Ils doivent désigner clairement toutes les personnes qui y figurent à divers titres; l'indication exigée est celle des prénoms, noms, âge, profession et domicile. V. art. 34.

79 *bis*. Toutes ces indications tendent à rendre plus facile la vérification des éléments divers qui concourent à la foi de l'acte. On sent, par exemple, que, toutes les personnes qui figurent dans l'acte étant bien individuellement désignées, et le moment où l'acte est passé bien précisément déterminé, il devient plus facile de se fixer sur la

valeur d'une allégation d'*alibi*. Évidemment, au reste, pour atteindre complétement le but proposé, il est utile de joindre à la date du temps celle du lieu. Je crois donc qu'on fera bien de ne pas l'omettre, quoique la loi ne s'en soit pas expliquée, comme elle l'a fait ailleurs pour les actes notariés (v. à ce sujet L. 25 vent. an XI (1), art. 12).

Quant à la désignation individuelle des personnes, il serait impossible de l'obtenir toujours et pour toutes d'une manière aussi complète, et la loi elle-même, en réglant les formes particulières de chaque acte, omet à dessein, pour certaines personnes qui doivent être nommées, une partie des indications ici prescrites, notamment celle de l'âge (v. art. 57, 76-3°, 79). Quoi qu'il en soit, il sera toujours bien de n'en omettre aucune quand on le pourra.

80. Les actes doivent se renfermer strictement dans leur objet; ainsi l'officier public n'y doit pas consigner tout ce qui lui est déclaré, mais seulement ce qu'il est permis de lui déclarer. Toute note ou énonciation quelconque qui tendrait à éluder cette règle est nommément comprise dans la prohibition. V. art. 35; et à ce sujet art. 85, 340.

80 *bis*. Le texte porte que les officiers publics ne doivent *rien insérer... que ce qui doit être déclaré.*

Cela ne veut pas dire qu'ils puissent énoncer ce qui *devait* leur être déclaré quand la déclaration n'a pas eu lieu.

Cela ne signifie pas non plus qu'ils doivent indistinctement refuser de recevoir et de constater une déclaration par cela seule que la loi ne la prescrivait pas expressément.

Ainsi, évidemment, quoique l'acte de naissance doive, en général, énoncer la filiation (v. art. 50), l'officier de l'état civil ne pourra l'indiquer, d'après la connaissance personnelle qu'il aurait ou croirait avoir, lorsqu'elle ne sera pas effectivement déclarée (2).

Ainsi, au contraire, il doit, selon moi (3), recevoir dans un acte de décès la déclaration du jour et de l'heure de la mort, quoique la loi ne prescrive pas cette énonciation (v. art. 79).

Ce qu'il faut examiner, c'est si la loi défend la déclaration, soit

(1) III, B. 258, n° 2440.
(2) V. ci-dessous n° 102 *bis*. II.
(3) V. ci-dessous n° 109 *bis*. I.

qu'il y ait défense expresse (v. art. 85), soit que la réprobation, sans être formelle, résulte seulement de l'ensemble et de l'esprit général de la législation. C'est ainsi qu'on ne devrait jamais recevoir la déclaration d'une filiation adultérine ou incestueuse (v. art. 335, 342), ni énoncer la paternité naturelle, quand elle n'est pas reconnue (v. art. 340).

81. Les parties intéressées ne sont pas toujours obligées à comparaître en personne; mais, l'acte tirant en grande partie sa force de la qualité des déclarants, il faut qu'il apparaisse clairement des pouvoirs de ceux qui se présentent pour les remplacer. La loi exige à cet effet une procuration spéciale et authentique. V. art. 36.

81 *bis*. L'obligation de comparaître en personne n'existe pas sans une disposition spéciale qui la prescrive ou la suppose. Elle était formellement prescrite au cas de divorce par consentement mutuel (art. 294), et aussi, je crois, au cas de divorce pour cause déterminée, à l'égard de l'époux qui l'avait obtenu (v. art. 264). On tient encore, assez généralement, que la présence des contractants en personne est nécessaire pour la célébration du mariage; on l'induit particulièrement de la lecture qui doit leur être faite du chapitre de la loi sur les droits et devoirs respectifs des époux (v. art. 75), formalité insignifiante si cette lecture n'était entendue de ceux à qui elle s'adresse. Je ne vois pas d'autre cas où la présence des parties ne puisse être suppléée par celle d'un procureur.

82. Pour ne point contrarier des habitudes anciennes et qui reposent d'ailleurs sur des sentiments dignes d'encouragement, la loi laisse aux parties le choix des témoins; elle se borne à exiger certaines qualités, et sous ce rapport même, elle est plus indulgente que pour les actes ordinaires; car il suffit ici que les témoins, parents ou autres, soient mâles et âgés de 21 ans. V. art. 37; v. d'ailleurs L. 25 vent. an XI (16 mars 1803) (1), art. 9 et 10; C. civ., 975, 980.

82 *bis*. I. Les témoins remplissant une sorte de fonction publique dans le concours qu'ils prêtent au ministère de l'officier de l'état civil, c'est une raison pour exiger, comme le fait la loi, qu'ils soient

(1) III, B. 258, n° 2440

mâles. Ce motif eût pu faire exiger, comme dans les actes notariés, que les témoins fussent citoyens français (v. L. 25 ventôse an XI, art. 9). Mais il faut dire, au contraire, que, la loi ayant ici déterminé spécialement les conditions d'admission, et n'en ayant exprimé d'autres que celle de l'âge et du sexe, la jouissance même des droits civils n'est pas nécessaire. Ainsi les étrangers, autorisés ou non à établir leur domicile, me paraissent devoir être admis (1); *secùs* les morts civilement (v. art. 25, al. 5; v. aussi C. pén., art. 34 et 42).

82 *bis*. II. La faculté d'admettre comme témoins des étrangers se lie évidemment, dans la pensée du législateur, à celle de laisser aux parties, qui peuvent être elles-mêmes étrangères, le libre choix des témoins, que la loi leur permet expressément de prendre parmi leurs parents (v., au contraire, L. 25 ventôse an XI, art. 10). C'est par la même raison que la loi n'exige pas non plus que les témoins sachent signer (v. art. 39), et qu'elle ne les assujettit à aucune condition de domicile (v. *Contr.* L. 25 ventôse an XI, art. 9).

82 *bis*. III. La loi ne s'explique pas sur la faculté d'admettre pour témoins des parents de l'officier de l'état civil, ni davantage à l'égard des serviteurs soit de l'officier public, soit des parties (v. à ce sujet L. 25 vent. an XI, art. 10). Mais son silence suffit pour légitimer cette admission, puisque la liberté du choix n'est bornée que par les conditions d'âge et de sexe.

82 *bis*. IV. Toutes ces concessions s'expliquent à l'égard des témoins, dont le rôle est mixte et d'ailleurs purement accessoire. Quant à l'officier de l'état civil, témoin principal et ayant pour mission unique de constater officiellement les faits qui se passent devant lui, il semblerait raisonnable, vu l'importance de son témoignage, d'exiger dans sa personne certaines conditions d'indépendance et de désintéressement (v. à ce sujet L. 25 ventôse an XI, art. 8). Quoi qu'il en soit, la loi est muette, et cela suffit pour qu'on ne puisse considérer comme empêchement légal à l'exercice de son ministère sa parenté, quelque proche qu'elle soit, avec les parties.

Toutefois, une instruction ministérielle prescrit aux officiers de l'état civil de s'abstenir quand il s'agit de constater l'état de leurs enfants, et généralement toutes les fois qu'ils sont eux-mêmes du nombre des personnes dont la déclaration, le consentement ou le

(1) V. *Contr.*, M. Demolombe, tom. 1er, n° 281.

témoignage sont requis pour la validité de l'acte (Lettre du garde des sceaux du 21 juillet 1818) (1).

Cette instruction est sage, et j'ajoute qu'il peut même être prudent aux officiers de l'état civil de s'abstenir dans d'autres cas de proche parenté; car, si l'acte venait à être attaqué comme faux, cette parenté pourrait fournir des armes à l'attaque.

Quoi qu'il en soit, on ne peut admettre que toute contravention aux instructions ci-dessus, notamment en ce qui concerne la défense de constater l'état de leurs propres enfants, dépouillât l'acte de son caractère d'authenticité.

La question serait plus délicate en cas de cumul de rôles, ce cumul emportant annulation de l'un d'eux. Toutefois, sur ce point encore, je crois qu'il y aurait des distinctions possibles.

Mais, ce qui me paraît certain, c'est que l'officier public ne peut se donner lui-même acte des obligations contractées envers lui. D'où il suit qu'il ne peut absolument célébrer son propre mariage ni en dresser acte authentique.

83. L'acte rédigé sur la déclaration des parties ou de leurs fondés de pouvoir, en présence des témoins, doit être lu aux uns et aux autres par l'officier public qui l'a dressé; l'accomplissement de cette importante formalité est constaté par une mention particulière. Après quoi, les comparants, les témoins et l'officier public doivent l'approuver par leur signature, sauf l'empêchement des comparants et même des témoins, dont la signature est alors remplacée par la mention de l'empêchement et de sa cause. V. art. 38 et 39.

83 *bis.* La nécessité pour un officier public de mentionner dans un acte l'accomplissement d'une formalité qu'il était tenu d'observer est un moyen d'assurer de sa part l'exécution de cette obligation; car l'omission de la mention l'exposerait aux mêmes peines que l'omission de la formalité elle-même (v. à ce sujet art. 50), et la mention mensongère le rendrait coupable du crime de faux.

La grave responsabilité qu'encourrait l'officier public par une fausse mention sert à expliquer comment la signature même des comparants et des témoins, quoique exigée en général comme confirmation du témoignage de l'officier public, est remplacée par la

(1) V. M. Demolombe, tom. 1er, n° 279-2°.

mention de la déclaration qu'ils ne savent ou ne peuvent signer (1). Car, cette déclaration étant nécessaire pour exprimer l'adhésion à l'acte, l'officier public serait coupable d'omission s'il ne le provoquait pas, ou, ce qui revient au même, s'il ne mentionnait pas qu'elle est intervenue; et il serait faussaire si la mention qu'il en fait était mensongère.

84. Pour mieux assurer la conservation des actes de l'état civil, la loi veut qu'ils soient inscrits sur des registres, que ces registres soient tenus doubles et gardés dans des dépôts séparés; elle prend, du reste, toutes les précautions possibles pour empêcher que les actes ne soient supprimés, altérés ou fabriqués après coup (art. 40-44).

85. A cet effet, les actes sont inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres, lesquels sont, comme on l'a dit, tenus doubles. V. art. 40.

85 *bis*. Il peut y avoir autant de registres doubles que de différentes natures d'actes; comme aussi un seul registre double peut contenir les actes de diverse nature. L'une ou l'autre pratique étant également autorisée par le législateur, c'est à l'administration à choisir, dans sa sagesse, eu égard aux circonstances, le mode qui lui paraît préférable.

Toutefois, il y a toujours un registre spécial (non tenu double) pour les publications de mariage (art. 63). Quant aux autres actes, la spécialité des registres ne peut guère s'appliquer dans l'usage qu'aux trois actes principaux, naissance, mariage, décès. S'il en est ainsi, c'est évidemment sur le registre des naissances qu'il conviendra d'inscrire les reconnaissances d'enfant (art. 62) et les adoptions (art. 359).

86. Les registres, préalablement cotés par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille par le président ou le juge, sont par ce moyen mis à l'abri des suppressions ou intercalations de feuillets. V. art. 41.

(1) C'est, je crois, ce que la loi a entendu par la mention de *la cause qui empêchera de signer* (v. art. 39). Du reste, il serait possible aussi qu'il y eût refus de signature, et cela ne devrait pas empêcher l'officier public de clore son acte, en faisant mention du refus. On tirerait ensuite de ce refus telles inductions que de droit, si l'acte venait à être attaqué; mais l'assertion de l'officier public ferait toujours foi jusqu'à inscription de faux.

87. Pour prévenir l'intercalation des actes ou parties d'actes sur les feuilles du registre, la loi veut que l'inscription ait lieu de suite, sans aucun blanc. Elle évite une foule d'autres fraudes, en exigeant que les ratures et les renvois soient approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte, et en défendant ici toute abréviation ou date en chiffres. V. art. 42.

88. Toujours dans le but d'éviter le danger des blancs, les registres doivent être clos et arrêtés à la fin de chaque année par l'officier de l'état civil. Toutes ces précautions sont complétées par la remise de chacun des doubles sous la garde d'un dépositaire différent. Le double dépôt d'ailleurs diminue la chance de perte par incendie ou autre accident. A cet effet, les registres doivent dans un bref délai, un mois, être déposés, savoir : l'un des doubles aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal. V. art. 43.

89. Il est plusieurs pièces, et notamment les procurations (v. art. 36 ; v. aussi art. 68, 69, 70, 73), qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, parce qu'elles tendent à en justifier la régularité. Il faut d'abord, pour constater l'identité de ces pièces, qu'au moment de la remise qui en est faite à l'officier de l'état civil, elles soient paraphées par lui et par la personne qui les produit. Après quoi, lors du dépôt d'un des doubles au greffe, c'est ce double qu'elles doivent accompagner pour demeurer avec lui dans le dépôt qui offre le plus de garantie. V. art. 44.

90. Nul n'ayant un intérêt légal à dissimuler son état, que la société tout entière est au contraire intéressée à connaître, la loi a dû assurer la publicité des actes de l'état civil. De là l'obligation pour les dépositaires des registres d'en délivrer extrait à tout requérant (1). Ces extraits font foi jusqu'à inscription de faux ; mais il faut pour cela deux conditions : 1° qu'ils soient *délivrés conformes ;* 2° qu'ils soient dûment lé-

(1) V. à ce sujet Avis du cons. d'État 2 juillet 1807 (IV, B. 150, n° 2554), et Décret 12 juillet 1807 (IV, B. 152, n° 2567).

galisés (1). V. art. 45; v. aussi art. 1317, 1319, 1334, 1335.

90 *bis*. I. Ce sont les extraits, c'est-à-dire les copies des actes originaux inscrits sur les registres, dont la loi détermine ici la force probante. A cet égard, les termes sont précis, et la pensée se manifeste surtout par la condition de légalisation, qui, ne concernant que les extraits, ne peut se rapporter qu'à la foi de ces extraits. Il va sans dire, au reste, que la foi accordée aux copies appartient, à plus forte raison, aux originaux: la loi le dit implicitement, en parlant, comme elle le fait, des extraits *délivrés conformes aux registres*. Mais cela même était dit expressément dans la rédaction du conseil d'État, telle qu'elle fut définitivement adoptée dans la séance du 22 fructidor an x. L'article 12 du projet adopté, dont notre article 45 est d'ailleurs la reproduction littérale, portait formellement : *ces actes et les extraits,* etc. (2). Il est à croire qu'une faute de copie ou d'impression a fait disparaître de la loi les mots *ces actes*, qui devraient s'y trouver.

90 *bis*. II. En proclamant ainsi spécialement la foi des extraits dûment délivrés et légalisés, la loi écarte virtuellement l'application des règles ordinaires sur la foi des copies, qui n'ont réellement en elles-mêmes aucune force probante tant que l'original existe, puisqu'elles ne dispensent pas de le représenter (art. 1334), et qui, lorsqu'il est perdu, ne le remplacent pas encore indistinctement, ni par cela seul qu'elles seraient délivrées par l'officier dépositaire de la minute (art. 1335).

Toutefois, ce point de vue disparaîtrait entièrement, et les extraits seraient en réalité dépouillés de toute force probante si, parce que la foi n'est accordée qu'aux extraits délivrés conformes aux registres, on admettait, avec quelques-uns (3), que leur foi est subordonnée à la vérification préalable de cette conformité. Mais tel ne peut être le sens de la loi, qui a trop évidemment manifesté la volonté de donner aux extraits une foi propre. J'entends, au contraire,

(1) La légalisation est l'acte par lequel un fonctionnaire compétent atteste, à la suite d'un autre acte, l'identité de la signature apposée avec la signature habituelle de telle personne, dont il certifie en même temps la qualité. La signature d'un fonctionnaire est légalisée par un fonctionnaire supérieur du même ordre. C'est pour cela que la légalisation ici est donnée par un magistrat de l'ordre judiciaire, le président du tribunal de première instance ou le juge qui le remplace; c'est, en effet, à l'ordre judiciaire que se rattachent également les fonctions d'officier de l'état civil et celles de greffier.

(2) V. Proc. verb. du 22 fructid. an x; Fenet, tom. 8, pag. 258.

(3) V. M. Duranton, tom. 1er, no 299: Delv., tom. 1er, pag. 30, n. 4.

que l'extrait doit être réputé délivré conforme aux registres, par cela seul qu'il en porte la mention et qu'il est revêtu de la signature dûment légalisée du dépositaire qui l'a délivré.

Si pourtant cette conformité est niée (car il ne suffirait pas de la méconnaître), je n'entends pas qu'il soit besoin de s'inscrire en faux pour la vérification d'un fait aussi simple, et pour faire reconnaître, par la comparaison avec le registre original, l'erreur qui se serait glissée dans l'extrait. Mais, à la différence des cas ordinaires, où le porteur de la copie peut être tenu de rapporter l'original (art. 1334), c'est ici à celui qui allègue l'erreur, contre la présomption de la loi, à en faire la preuve. C'est lui, par conséquent, qui doit faire l'avance des frais de vérification.

La loi ainsi interprétée, il en résulte évidemment que, si les registres sont perdus et la vérification impossible, les extraits, sans aucune des distinctions indiquées par l'article 1335, auront la foi pleine que leur attribue l'article 45.

90 *bis*. III. C'est aux extraits des registres, par conséquent, aux copies prises sur les registres mêmes par leurs dépositaires, que s'applique la disposition de l'article 45. Toutefois les greffiers dépositaires des pièces annexées aux registres (v. art. 44) sont dans l'usage de délivrer à tout requérant copie des extraits ainsi annexés.

Cette pratique est commode, car, dans les cas fréquents où la production des actes de l'état civil est nécessaire, notamment en cas de mariage, il est avantageux de pouvoir ainsi se dispenser de les faire venir de loin, et d'éviter par là des frais et des lenteurs. Aussi n'entends-je pas blâmer absolument les fonctionnaires publics qui, en l'absence de tout soupçon de fraude et lorsque personne ne réclame, admettent comme justification suffisante les copies dont il s'agit. Mais je dis qu'à la rigueur, ils ne sont pas tenus de s'en contenter. J'ajoute que ces copies de copies ne pourraient surtout faire foi en justice dans une question d'état; car, à défaut de dérogation spéciale l'article 1334-4° reste applicable.

90 *bis*. IV. La légalisation est une condition de la foi des extraits. Cette formalité n'est prescrite pour les actes notariés que lorsqu'on s'en sert hors du ressort de la cour royale, si le notaire est à la résidence d'une cour royale, ou hors du département, dans tous les autres cas (v. L. 25 ventôse an XI, art. 28). Une distinction

du même genre aurait pu être ici établie. Elle fut même réclamée au conseil d'État, et il fut répondu que l'article n'exige la légalisation que lorsque le tribunal ne connaît pas la signature (1). Je crois, en effet, que la légalisation est sans objet, et ne doit pas dès lors être exigée, lorsque l'acte est produit devant le tribunal même dont le président est chargé de cette légalisation. Je crois même que dans la pratique on n'exige pas la légalisation pour les productions extrajudiciaires, lorsqu'elles ont lieu dans l'arrondissement du tribunal dans le ressort duquel le signataire de l'extrait exerce ses fonctions. Mais ce n'est là qu'une tolérance, comme celle de l'emploi des copies de copies; car la formalité de la légalisation est exigée par la loi sans distinction.

90 *bis*. V. La foi *jusqu'à inscription de faux* (2), étant ici attribuée d'une manière générale aux actes ou extraits en due-forme, semblerait d'abord s'appliquer à tous les faits énoncés en l'acte. Toutefois, une première distinction doit évidemment être admise : entre les faits que l'acte avait pour objet de constater; et ceux qui, étrangers à son objet spécial, sont de nature à être constatés par un autre acte. A cet égard, il faut dire que les énonciations étrangères à l'objet spécial de l'acte qui les contient ne font aucune foi. Ainsi, l'énonciation de légitimité insérée dans un acte de naissance, preuve légale de la filiation quand il s'agit de filiation légitime (v. art. 319), ne prouvera nullement la légitimité, effet civil du mariage, dont la preuve ne devra, en général, résulter que de l'acte de mariage (v. art. 194; v. pourtant art. 197).

Quant aux faits que l'acte est destiné à constater, les énonciations doivent en général faire foi, au moins jusqu'à preuve contraire. Mais je n'admets pas indistinctement que cette preuve contraire ne puisse s'administrer que par le moyen d'une procédure en faux. Il n'en est ainsi, selon moi, que quand l'énonciation, en la supposant mensongère, constituerait de la part de son auteur le crime de *faux*.

(1) V. séance du 22 fructidor an x; Fenet, tom. 8, pag. 259.

(2) C'est-à-dire la foi qui ne peut se détruire que par le moyen d'une procédure en faux, soit principal, soit incident. L'expression *jusqu'à inscription de faux*, dont se sert la loi, n'est pas exacte; car en cas de plainte en faux principal il n'y a pas lieu à la formalité dite *inscription de faux*. Cette expression est encore inexacte sous un autre rapport, car ce n'est pas la simple inscription de faux qui détruit la foi de l'acte, c'est là l'effet du faux reconnu. L'inscription ne suspend pas même de plein droit l'exécution de l'acte; elle autorise seulement les juges à l'arrêter. Quant au cas de plainte en faux principal, l'exécution n'est suspendue que par l'arrêt de mise en accusation (v. art. 1319).

Or, je trouve bien ce caractère dans les assertions de l'officier public (v. C. pén., art. 146), mais non dans les déclarations des parties, dont le mensonge, à cet égard, ne constituerait qu'un faux témoignage (v. ci-dessus n° 78 *bis*. I et II). De là, je n'hésite pas à conclure, que la preuve de filiation légitime tirée de l'acte de naissance (v. art. 319) pourrait être détruite sans inscription de faux (1).

90 *bis*. VI. C'est aux actes, régulièrement dressés et délivrés, que s'applique naturellement la pleine foi que la loi proclame. Toutefois les diverses formalités requises n'étant pas ici, comme en matière de testament (v. art. 1001), requises à peine de nullité, les juges, en cas d'irrégularité, ont nécessairement le pouvoir d'apprécier l'importance de la formalité ou des formalités omises, et de déterminer d'après cette appréciation, si l'acte irrégulier doit conserver toute sa force probante, ou la perdre en tout ou en partie.

91. Ce n'est, en général, que par les actes dressés dans la forme ci-dessus que chacun doit justifier de son état. La loi néanmoins a prévu deux cas où cette règle ne pouvait être appliquée sans injustice.

Le premier est celui de perte ou de non-existence des registres. Cette perte ou cette non-existence ne pouvant être imputée aux intéressés, ceux-ci sont admis, en en fournissant la preuve telle que de droit, à suppléer aux actes qui manquent, par les seuls moyens qui soient en leur pouvoir. Ainsi, le fait de la non-existence ou de la perte des registres devra d'abord être prouvé; cette preuve se fera tant par titres que par témoins. Après quoi les différents faits relatifs à l'état civil, naissances, mariages, décès, se prouveront eux-mêmes, tant par papiers domestiques que par témoins. Au reste,

(1) V. au contraire M. Duranton, tom. 1er, n° 308. Mais mon sentiment est partagé par M. Valette (Val. sur Proudh., tom. 1er, pag. 206 (b)) et par M. Demolombe (tom. 1er, nos, 319, 320). Il est vrai qu'avant le Code pénal on eût dû juger autrement, parce qu'on voyait alors un faux dans la déclaration mensongère quand le fait déclaré était un de ceux que l'acte avait pour but de constater, en d'autres termes, quand la déclaration était destinée à faire foi. V. les considérants de l'arrêt *Houel*, C. cass. 10 messidor an XII (J. P., tom. 10, pag. 185); v. aussi C. cass. 5 février 1808 (J. P., tom. 21, pag. 342).

Mais la définition du faux, telle qu'elle est contenue dans les articles 145, 146 et 147 du Code pénal, ne permet plus d'admettre cette doctrine.

parmi les papiers domestiques, la loi n'indique ici comme éléments de preuve que les registres et papiers émanés des pères et mères; et pour cela même elle exige le décès de ceux-ci. V. art. 46.

91 *bis*. I. L'article 46 détermine les causes qui dispensent de produire les actes, et le mode de suppléer à cette production : il faut d'abord prouver qu'on est dans le cas de la dispense; il faut prouver ensuite, par les moyens indiqués, les faits dont l'absence d'acte fait défaillir la preuve légale.

Les causes déterminées de dispense sont : 1° qu'il n'a pas existé de registres; 2° que les registres ont été perdus.

La loi ne distingue pas, et il n'importe, en effet, que la perte ou destruction soit totale ou partielle. Le cas de non-existence comprend aussi celui où la tenue des registres, sans avoir entièrement cessé, a seulement éprouvé des interruptions; car il est vrai de dire, pour le temps auquel se rapportent les interruptions, que les registres n'ont point été tenus. Ces deux points, reconnus par une loi formelle (1), ne me semblent pas bornés, dans leur application, au cas spécial de cette loi.

Je n'entends pas dire, au reste, que dans les divers cas qui, pouvant rentrer dans les termes de l'article 46, permettent de l'appliquer, cette application soit nécessaire. Les juges, selon moi, doivent se déterminer d'après les circonstances, et n'autoriser le mode exceptionnel de justification, qu'autant que les naissances, mariages ou décès allégués peuvent vraisemblablement se référer au temps embrassé par les lacunes signalées dans les registres. La doctrine contraire entraînerait les plus graves abus.

91 *bis*. II. La simple suppression de quelques feuillets est un cas de perte ou destruction partielle, qui donne ou du moins peut donner lieu à l'application de l'article 46 (v. C. c., rej., 21 juin 1814) (2).

Mais l'omission d'un acte sur les registres, quand leur tenue n'a pas éprouvé d'autre interruption, ne peut guère rentrer dans les termes de l'article 46. C'est là d'ailleurs une allégation qui serait trop souvent imaginée pour le besoin de la cause et dont la vérification serait difficile; car on ne trouverait pas ici l'élément de notoriété qui se rencontrera ordinairement dans les cas que la loi a pré-

(1) Loi 13 janv. 1817 (VII, B. 131, n° 1530), art. 5.
(2) J. P., tom. 40, pag. 369.

vus. Il faut donc dire que ce fait rentre purement et simplement dans celui d'absence d'acte, pour lequel la loi n'a point établi de règle générale, et qui se trouve dès lors régi, tantôt par les principes du droit commun, tantôt par les règles spéciales prescrites pour la preuve de l'état en question (v. à ce sujet art. 194, 197, 198, 320, 323), tantôt, enfin, eu égard à la cause pour laquelle l'acte, s'il existait, devrait être produit (v. à ce sujet art. 70, 71, 155).

91 *bis.* III. La preuve de la perte ou de l'absence de registres se fait *tant par titres que par témoins.* Ce n'est pas à dire que ces deux modes de preuve aient besoin de se cumuler, car on ne comprendrait pas la nécessité d'ajouter la preuve testimoniale à la preuve par titres. La pensée est donc que l'une de ces deux preuves peut suffire à défaut de l'autre. Bien plus, s'il s'agissait de suppression de feuillets, l'état matériel du registre pourrait, suivant les cas, mettre les juges à même de constater le fait *ex propriis sensibus,* ce qui les dispenserait d'aller chercher ailleurs des preuves.

91 *bis.* IV. Quant aux faits relatifs à l'état civil, objet de la seconde preuve, dont la première, quand elle est fournie, détermine l'admission, les deux éléments indiqués par la loi suffisent aussi l'un à défaut de l'autre, car la formule, *tant par..... que par.....*, étant la même dans les deux parties de l'article, doit se traduire, dans toutes deux, de la même manière.

De là il suit que la preuve testimoniale pourra être admise sans commencement de preuve par écrit. Ajoutons que partout où la preuve testimoniale est admise les juges peuvent aussi se déterminer par des présomptions abandonnées à leur sagesse (v. art. 1353); ce qui leur permet ici de ne pas se renfermer strictement dans l'un des deux éléments indiqués. Ainsi, les juges pourraient avoir égard aux registres et papiers des pères et mères, quand même ceux-ci ne seraient pas décédés; seulement ce document plus suspect, parce qu'il pourrait avoir été créé pour la cause, ne ferait pas preuve complète, et il conviendrait d'y joindre au moins le témoignage oral des pères et mères eux-mêmes. Par suite du même principe, on pourrait aussi recourir à des registres et papiers émanés d'autres personnes que les pères et mères, *puta*, aux registres tenus dans les églises pour les baptêmes, mariages ou sépultures, ou aux registres spéciaux tenus aux termes de l'article 80.

Enfin, il va sans dire qu'ici comme dans toute matière où la

preuve testimoniale est admise, les juges ont tel égard que de raison aux dépositions des témoins. J'étends cette observation à l'autorité des registres et papiers des pères et mères décédés. Car, de ce qu'ils sont indiqués par la loi comme *pouvant* servir de preuve, il résulte pour les juges la permission, mais non l'obligation de s'en contenter.

91 *bis*. V. Le motif qui a fait admettre un mode exceptionnel de preuve en cas de perte ou de non-existence de registres s'applique, évidemment, à tous les faits dont ces registres, s'ils existaient, devraient ou pourraient fournir la preuve légale. Dans cette catégorie rentreraient, et la filiation légitime, dont la loi exige et consacre la déclaration dans l'acte de naissance (v. art. 57, 319), et aussi la filiation naturelle, puisque la reconnaissance nécessaire pour la constituer pourrait ou se trouver dans l'acte de naissance ou faire l'objet d'un acte à part porté sur les registres (v. art. 62, 334). On en dirait autant de l'adoption, dont l'effet est subordonné par la loi à son inscription sur les registres (v. art. 359). Cependant il est bien à remarquer que les seuls faits dont l'article 46 autorise nommément la preuve, sont les mariages, naissances et décès; et je ne pense pas que la filiation, quelque direct que soit son rapport avec la naissance, soit comprise ici dans la pensée du législateur. Ma raison est que la loi ayant ailleurs déterminé spécialement les moyens de prouver la filiation en l'absence de titre (v. art. 323, 341), sans excepter, comme elle a soin de le faire pour le mariage (art. 194), le cas de l'article 46, comprend ce cas comme tous les autres dans sa règle absolue. Seulement, j'accorde volontiers, s'il s'agit de filiation légitime, que le fait d'absence de registres, *pourvu qu'il soit dès lors constant*, pourra être jugé assez grave pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale, par application de l'article 323. Mais on ne pourrait, sans un commencement de preuve par écrit, prouver la maternité naturelle (v. art. 341); encore moins pourrait-on être admis à prouver d'une manière quelconque la paternité naturelle, dont la recherche est interdite (art. 340).

Toutefois, en cas de destruction des registres, s'il était positivement allégué qu'une reconnaissance y avait été portée, et qu'on précisât l'époque et les circonstances de manière à rendre cette allégation probable, je trouverais par trop inique de refuser absolument aux juges le pouvoir d'admettre la preuve testimoniale du fait spécial de reconnaissance, en s'appuyant alors sur l'article 1348-4°.

Mais ma proposition n'en subsiste pas moins pour tous les autres cas où, en l'absence des registres, on voudrait purement et simplement se faire admettre à la preuve soit de la paternité, soit de la maternité (1).

Pareillement en matière d'adoption, dont la loi subordonne l'effet à l'inscription sur les registres dans un certain délai (v. art. 359), je n'admettrais pas, en général, le relief de cette déchéance par le seul fait qu'il n'aurait pas été tenu de registres; je voudrais au moins pour cela qu'il fût justifié de diligences inutilement faites par les parties pour parvenir à l'inscription. Mais si les registres ont été perdus, je crois que, par application de l'article 1348-4°, on pourrait être admis à prouver par témoins le fait de l'inscription dans les trois mois.

92. Le second cas est celui où la naissance, le mariage ou le décès aurait eu lieu en pays étranger. A cet égard, deux voies sont ouvertes :

L'une, commune aux Français et aux étrangers, est l'application pure et simple de la maxime : *Locus regit actum* (2). V. art. 47.

L'autre, particulière aux Français, tend à leur réserver, autant que possible, même en pays étranger, les avantages et les garanties offertes par la loi française. Ils peuvent à cet effet recourir au ministère des fonctionnaires français chargés, à divers titres, de protéger à l'étranger les intérêts politiques ou commerciaux de notre patrie. En conséquence, les actes des Français en pays étranger, reçus conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls, sont aussi valables que s'ils l'avaient été en France par l'officier ordinaire de l'état civil. V. art. 48; v. à ce sujet Ord. du 23 octobre 1833 (3).

92 *bis*. I. L'ordonnance du 23 octobre 1833 règle en détail l'intervention des consuls relativement aux actes de l'état civil des Français en pays étranger. Elle prescrit à ces fonctionnaires de se

(1) V. à ce sujet C. c. Rej. 13 mars 1827 (J. du Palais, tom. 78, pag. 93); C. c. Rej. 16 février 1837 (J. P., tom. 107, pag. 112).

(2) V. ci-dessus n° 10 *bis*. V.

(3) IX, 2ᵉ part., 1ʳᵉ sect., B. 266, n° 5051.

conformer en général aux lois de la matière, dont elle indique le mode particulier d'application. Les actes sont inscrits sur des registres tenus doubles : l'un des doubles reste à la chancellerie du consulat, l'autre est envoyé au ministère des affaires étrangères.

92 *bis*. II. Les pouvoirs que la loi confère aux consuls, quant à la réception des actes de l'état civil, elle les attribue aussi, et même en première ligne, aux agents diplomatiques; du reste, je ne connais aucun règlement d'administration publique qui concerne spécialement l'intervention des agents diplomatiques relativement à ces actes. Il paraît raisonnable d'appliquer autant que possible, par analogie, les dispositions de l'ordonnance ci-dessus citée.

92 *bis*. III. La compétence des agents diplomatiques et des consuls étant proclamée ici pour *tout acte de l'état civil des Français en pays étranger*, s'applique évidemment aux mariages comme aux autres actes. Si quelque doute avait pu naître sur ce point du silence gardé par l'article 170, ce doute disparaîtrait entièrement en présence de l'ordonnance ci-dessus citée, qui trace spécialement les règles à suivre par les consuls pour la célébration des mariages (v. d. ord., art. 14 et 15). Mais la règle ne s'appliquant qu'aux actes des Français, la compétence pour le mariage cesserait si l'une des parties était étrangère (v. C. c., cass. 10 août 1819 (1).

93. Il y a encore d'autres cas spéciaux où la réception des actes de l'état civil est confiée exceptionnellement à divers fonctionnaires que la loi désigne.

Ainsi, pour le cas de naissance ou de décès en mer (v. art. 59-61, 86, 87).

En ce qui concerne les militaires ou employés de l'armée hors du territoire du royaume (v. ci-dessous chap. V, art. 88-98).

Quant aux actes de l'état civil dans les lazarets (v. Loi 3 mars 1822 (2), art. 19; Ordonn. du 7 août 1822 (3), art. 77).

Enfin, quant aux actes de l'état civil concernant les membres de la famille royale (v. Ordonn. du 23 mars 1816) (4).

94. Souvent la mention d'un acte relatif à l'état civil doit

(1) J. P., tom. 56, pag. 193.
(2) VII, B. 508, n° 12211.
(3) VII, B. 548, n° 13201.
(4) VII, B. 85, n° 660.

avoir lieu en marge d'un acte déjà inscrit, que le dernier a pour objet de compléter ou de rectifier (art. 62, 101). Cette mention est faite sur chacun des deux registres doubles par l'officier qui s'en trouve actuellement dépositaire; elle a lieu sur la seule réquisition des parties intéressées. Mais, comme il importe que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres, la loi y pourvoit en obligeant l'officier de l'état civil d'appeler sur ce point la surveillance du procureur du roi. V. art. 49.

95. Quelque importance que le législateur ait mise à l'accomplissement des formalités prescrites pour la rédaction des actes de l'état civil et pour la tenue exacte des registres, il est certain néanmoins qu'il n'a pas en général attaché à leur inobservation la peine de nullité. La sanction de la loi se trouve donc principalement dans les peines et la responsabilité encourues par les fonctionnaires qui ne remplissent pas toutes les obligations qui leur sont imposées.

96. La peine commune à tout fonctionnaire, pour contravention aux articles précédemment analysés, consiste dans la condamnation à une amende, dont le *maximum* est fixé à cent francs. Cette amende est prononcée par les tribunaux de première instance jugeant civilement. V. art. 50, et avis du cons. d'État 4 pluv. an XII (25 janvier 1804) (1).

Quant à la responsabilité, elle est, de droit commun, encourue pour tout dommage causé par faute ou négligence (art. 1382, 1383). La loi fait l'application de ce principe aux dépositaires des registres, en les déclarant civilement responsables, sauf leur recours, des altérations commises; car elles sont réputées imputables à leur négligence. V. art. 51.

A plus forte raison, les auteurs de ces altérations et autres crimes ou délits sont-ils passibles de dommages-intérêts, sans préjudice des peines portées par le Code pénal. Cela s'applique notamment à l'inscription des actes sur feuilles

(1) Cet avis n'est point inséré au *Bulletin des lois;* il a été communiqué aux officiers du ministère public par le ministre de la justice (v. M. *Locré*, Esprit du Code civil, tom. 2, pag. 75 et 77, édit. in-8°).

volantes et autrement que sur les registres à ce destinés. V. C. civ., art. 52; C. pén., art. 145, 146, 147, 192.

97. C'est aux procureurs du roi près les tribunaux de première instance qu'est particulièrement confié le soin de rechercher et de poursuivre les contraventions en matière d'état civil. Cette mission leur est conférée par la loi civile, indépendamment de la mission générale relative aux crimes et délits qu'ils tiennent de la législation criminelle (C. instr. crim., art. 22). Notre Code les oblige en conséquence à procéder à une vérification des registres (1), et à requérir (devant le tribunal civil) la condamnation aux amendes. Du reste, et pour l'application des peines plus graves auxquelles peuvent donner lieu les faits de tout genre désignés ici sous le nom de *contraventions* ou *délits*, leur ministère était borné par la législation criminelle en vigueur lors de la publication du Code, à *dénoncer* ces faits. V. art. 53; mais voy. C. instr. crim., art. 22, 29, 47).

97 *bis*. I. Aujourd'hui le procureur du roi ne dénonce pas; c'est lui, au contraire, qui est chargé de poursuivre les crimes et délits, et de recevoir, à cet effet, les dénonciations (C. instr. crim., art. 22, 29, 47). Mais sous la législation précédente, il y avait près de chaque tribunal de première instance un magistrat de sûreté, substitut du procureur-général près la cour criminelle, et c'est à lui que les dénonciations étaient faites ou transmises. Ce n'est qu'en cas d'empêchement que le procureur du roi ou son substitut suppléait le magistrat de sûreté (v. L. 7 pluv. an IX (2), art. 3, 4, 6, 25).

97 *bis*. II. C'est ici le lieu de remarquer, quant aux poursuites à diriger contre les officiers de l'état civil, soit par le ministère public, soit par les particuliers, qu'elles ne sont pas soumises à l'autorisation du conseil d'État: là ne s'applique pas l'article 75 de l'acte du 22 frim. an VIII; car les officiers de l'état civil, en cette qualité, ne sont pas *agents du gouvernement* (Avis du cons. d'État, ci-dessus cité, 30 niv. appr. 12 pluv. an XII).

Au reste, un autre avis du conseil d'État, approuvé le 31 juillet

(1) V. à ce sujet Ord. du 26 novembre 1823 (VII, B. 640, n° 15963).
(2) III, B. 66, n° 505.

1806, autorise le ministre de la justice à prescrire aux procureurs du roi de lui faire connaître les poursuites qu'ils se proposent de faire, et à arrêter celles qui n'auraient pas pour objet des négligences vraiment coupables par leur gravité (Circul. du min. de la justice, 10 sept. 1806).

98. Après avoir ainsi restitué à l'autorité judiciaire les attributions de police et de juridiction, que la loi antérieure avait confiées à l'autorité administrative, relativement aux actes de l'état civil (1), le législateur complète son ouvrage, en réservant aux parties intéressées le recours tel que de droit, contre les jugements qui interviendront en cette matière. Remarquons, au reste, que cette règle, fondée sur le principe général des deux degrés de juridiction, n'est pas bornée, dans son application, au cas où il s'agit de délit ou de contravention; elle est proclamée ici pour tous les cas où un tribunal de première instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil. V. art. 54.

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

99. L'acte de naissance a pour objet de constater l'époque et le lieu de la naissance, et autant que possible la filiation de l'enfant. Il sert à faire reconnaître l'individualité. On sent dès lors combien il importe que cet acte soit dressé, et qu'il le soit dans un bref délai.

C'est d'après toutes ces vues qu'on peut se rendre raison des dispositions de la loi pour le cas de naissance d'un enfant.

Ces dispositions concernent : 1° la déclaration de naissance et la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil (art. 55, 56-al. 1); 2° la rédaction de l'acte de naissance (art. 56-al. dernier, 57).

(1) Loi du 20 septembre 1792. Voy. à ce sujet l'exposé des motifs par le conseiller d'État *Thibaudeau*, et le discours prononcé au corps législatif par le tribun *Chabot de l'Allier*.

100. La déclaration doit être faite dans les trois jours et accompagnée de la présentation (1). V. art. 55.

100 *bis.* I. C'est à la maison commune que doit régulièrement avoir lieu la déclaration et la présentation de l'enfant, car c'est là que restent déposés les registres sur lesquels l'acte de naissance doit être immédiatement inscrit. Et toutefois la loi n'ayant pas ici, comme au cas de l'article 75, fait de prescription spéciale, l'officier public pourrait, suivant l'exigence des cas, se transporter ailleurs pour recevoir la déclaration et voir le nouveau-né (v. à ce sujet L. 20 sept. 1792, tit. 3, art. 6). Alors, il me paraîtrait convenable qu'il transportât avec lui les registres, afin de se conformer à la loi qui prescrit de rédiger l'acte *de suite,* c'est-à-dire sans interruption.

100 *bis.* II. Une déclaration tardive devient par cela même plus suspecte. Son inscription, après le délai, peut d'ailleurs à certains égards passer pour une rectification, car c'est la réparation d'une omission. Aussi, un avis du conseil d'État, qui, bien qu'antérieur au Code civil, me paraît toujours applicable, décide-t-il que cette inscription ne doit avoir lieu qu'en vertu de jugement (art. 99). V. Avis du conseil d'État du 12 brum. an XI (2).

Cependant cette doctrine, dont l'exactitude est incontestable, ne me paraît pas devoir être suivie à la rigueur. Si un retard d'un jour ou deux, en l'absence de toute circonstance qui fasse soupçonner la fraude, mettait un obstacle insurmontable à l'inscription sans jugement, il serait à craindre que, pour éviter les frais de ce jugement, on ne se dispensât tout à fait de la déclaration. Du reste, toutes les fois que, de fait, l'inscription tardive aura eu lieu sans jugement, les tribunaux apprécieront le degré de foi que l'acte pourra obtenir.

101. C'est au père, bien entendu s'il est légalement connu et si de plus il est présent, qu'est imposée d'abord l'obligation de déclarer la naissance. A son défaut seulement, cette obligation passe à toutes les personnes, gens de l'art ou autres, qui ont assisté à l'accouchement. Indépendamment même de cette assistance, l'obligation, en cas d'accouchement de la

(1) L'enfant doit être présenté vivant. Le cas de mort de l'enfant avant l'enregistrement de sa naissance est réglé par le décret du 4 juillet 1806, que nous rapporterons ci-après chapitre IV.

(2) III, B. 225, n° 2067.

mère hors de son domicile, est particulièrement imposée à la personne chez laquelle cet accouchement a eu lieu. V. art. 56-al. 1; voy. à ce sujet C. pén., art. 346.

101 *bis*. I. Il importe de bien saisir et de déterminer précisément à qui et dans quel ordre est imposée l'obligation de déclarer la naissance, et sur qui conséquemment pèserait la responsabilité de l'omission. La loi, à cet égard, prévoit deux cas qu'il ne faut pas confondre :

1° Accouchement au domicile de la mère ;

2° Accouchement hors du domicile.

Au premier cas, c'est le père qui est obligé à faire la déclaration. *A son défaut*, mais à son défaut seulement, c'est-à-dire s'il est légalement inconnu, s'il est absent ou notoirement empêché, l'obligation passe aux gens de l'art ou autres personnes ayant assisté à l'accouchement, et toutes ces personnes alors paraissent tenues concurremment.

Au second cas, c'est la personne chez laquelle la mère est accouchée, qui est chargée de déclarer la naissance. Alors, il n'est plus question du père ni des personnes qui ont assisté à l'accouchement.

En pareil cas, en effet, le père ordinairement n'est pas présent; et l'on ne peut guère, au contraire, supposer l'absence du maître de la maison, ou de quelqu'un tenant sa place; ce qui suffit pour assurer l'accomplissement de l'obligation (v. dans ce sens C. c., rej., 7 sept. 1823 (1); v. aussi Lyon, 19 juill. 1827 (2)). Les deux cours reconnaissent que les personnes qui ont assisté à l'accouchement ne sont pas tenues concurremment avec la personne chez laquelle la mère est accouchée. Mais la cour de Lyon admet (à tort ou à raison), dans ses considérants, que ces personnes seraient tenues à défaut et en l'absence du maître de la maison.

Je crois, du reste, que la disposition finale de l'article 56 ne serait pas applicable au cas où le mari et la femme se trouveraient accidentellement ensemble dans une maison tierce au moment où la femme accouche, et que l'obligation de déclarer la naissance pèserait alors, comme au cas d'accouchement au domicile, sur le père légalement connu.

101 *bis*. II. L'article 346 du Code pénal a évidemment pour ob-

(1) Journ. du Pal., tom. 71, pag. 143.
(2) *Ibid.*, tom. 79, pag. 300.

jet unique d'assurer par une sanction pénale l'accomplissement de l'obligation imposée par le Code civil. Aussi la peine n'est-elle applicable aux personnes qui ont assisté à l'accouchement, qu'autant que la déclaration leur était prescrite par l'article 56. Mais d'autre part, il est bien à remarquer que l'application de la peine est subordonnée par les termes de la loi au fait d'assistance à l'accouchement; il en résulte que le père et la personne chez qui la mère est accouchée échapperont à la peine, si de fait ils n'ont pas assisté, quoique leur obligation soit indépendante de ce fait d'assistance; et ainsi, il pourra arriver que la déclaration soit omise sans que la peine soit encourue par personne, car elle ne le sera pas par les assistants qui n'étaient obligés qu'à défaut du père, et le père obligé ne sera pas punissable parce que n'ayant pas assisté à l'accouchement il ne sera pas dans les termes de la loi.

Je doute que telle ait été l'intention des rédacteurs de l'article 346; mais je n'en crois pas moins, qu'il faut subir le résultat. Car, en matière pénale, on est forcé de se renfermer dans les termes de la loi.

102. La rédaction de l'acte de naissance suit immédiatement la déclaration. Cet acte est dressé en présence de deux témoins. V. art. 56-al. dernier.

L'acte doit indiquer l'époque précise (jour et heure) et le lieu de la naissance; il doit désigner l'enfant, conséquemment indiquer son sexe et les prénoms qui lui sont donnés (1). Il faut de plus, au moins en général, qu'il fasse connaître les père et mère. Dans tous les cas, il doit, comme tout autre acte, désigner clairement les témoins. Remarquons, au surplus, que la loi, en rappelant ici, pour la désignation des père et mère et pour celle des témoins, l'obligation d'énoncer les prénoms, noms, profession et domicile, ne fait aucune mention de l'âge (v. pourtant art. 34). V. art. 57.

102 *bis*. I. Ce n'est que sur la déclaration qui lui est faite que l'officier de l'état civil peut énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance. Quant au sexe, peut-être lui est-il permis aussi de se contenter de la déclaration. C'est du moins ce qu'on pouvait induire

(1) Une loi du 11 germinal an XI (1er avril 1803) défend aux officiers de l'état civil d'admettre d'autres prénoms que les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne (III, B. 267, n° 2614).

de la loi du 20 septembre 1792, qui mettait le sexe au nombre des circonstances à déclarer, et semblait réduire le rôle de l'officier public à donner acte de la déclaration (v. d. L. tit. III, art. 7 et 8). Toutefois, la présentation de l'enfant mettant l'officier de l'état civil à même de constater le sexe *de visu*, je crois qu'il lui appartient de le vérifier, c'est le moyen d'éviter des fraudes dont on a plus d'un exemple. Mais, comme la loi sur ce point n'est pas expresse, et que la vérification est très-souvent omise, je pense qu'à moins de mention formelle de cette vérification l'énonciation du sexe ne fera pas foi jusqu'à inscription de faux ; c'est-à-dire qu'on pourra sans recourir à une procédure en faux, prétendre que l'acte qui énonce un sexe est applicable à une personne de l'autre sexe, et conclure, sur ce point, à la rectification de l'acte.

102 *bis*. II. Il en est de l'indication et désignation des père et mère comme de celle des jour, lieu et heure de la naissance, l'énonciation de l'acte ne peut avoir d'autre base que la déclaration. Ainsi, la force des choses, *puta* l'ignorance du déclarant, forcera souvent à se contenter d'une désignation incomplète.

Bien plus cette indication elle-même, quoique la loi semble ici la prescrire d'une manière générale, non-seulement n'est pas toujours exigée, mais n'est pas même toujours permise. Ainsi, du principe qui défend la recherche de la paternité naturelle (art. 340), tous concluent que la déclaration ne doit être reçue qu'autant qu'elle émane du père lui-même ou de son fondé de pouvoir. A plus forte raison faudrait-il, par argument des articles 335 et 342, repousser la déclaration soit de la paternité, soit de la maternité adultérine ou incestueuse (v. art. 35 et, ci-dessus, n° 80).

Quelques-uns pensent même, contre une pratique par eux-mêmes reconnue constante, que la déclaration de la maternité naturelle devrait, comme celle de paternité, être repoussée ; ils se fondent sur l'inutilité de cette déclaration, qui ne constituera point une preuve légale de la filiation (v. art. 334, 336), et sur ses inconvénients par rapport à la femme qui sans sa participation serait désignée comme mère (1). Mais ces raisons ne me paraissent pas assez fortes pour faire proscrire un usage plutôt appuyé que contrarié par les termes de la loi, et dont mal à propos, selon moi, on prétendrait nier l'utilité. Je soutiens, en effet, que l'indication de la mère naturelle dans

(1) V. M. Demolombe, tom. 1er, n° 297.

l'acte de naissance, bien qu'insuffisante en soi pour faire preuve ou même commencement de preuve, aura cependant des effets importants, soit en favorisant l'établissement d'une possession d'état, qui, assise sur cette base doit, à mon avis, équivaloir à une reconnaissance ; soit, à défaut même de possession d'état, en fournissant un renseignement précieux pour la recherche permise de la maternité (v. à ce sujet, art. 341).

Au contraire, les raisons alléguées semblent déterminantes pour faire considérer comme seulement facultative la déclaration de maternité naturelle. En effet il serait aussi dangereux qu'immoral de forcer les personnes qui assistent à un accouchement, ou celles qui reçoivent la femme en couche dans leur maison, à violer le secret qui leur est commandé, et dont l'observation est pour la plupart de ces personnes une règle de profession.

102 *bis*. III. Concluons que c'est principalement en vue des naissances légitimes et lorsque l'acte de naissance est destiné à faire preuve de la filiation (v. art. 319), que l'article 56 prescrit l'indication ou désignation des père et mère.

Quant aux autres cas, la règle, sans être entièrement inapplicable, ne peut cependant s'observer que sauf les distinctions ci-dessus indiquées.

Toute la doctrine sur ce point se trouve résumée dans les cinq propositions suivantes :

1° L'indication et désignation des père et mère légitimes, doit régulièrement se trouver dans l'acte de naissance. Lors donc qu'un enfant est présenté comme légitime, l'officier de l'état civil doit requérir sur ce point une déclaration complète, sauf pourtant à n'énoncer dans l'acte que ce qui lui sera effectivement déclaré ;

2° L'indication et désignation de la mère naturelle est permise mais non exigée. A cet égard, l'officier de l'état civil doit recevoir la déclaration qui lui est faite spontanément, et rien ne l'empêche même de la provoquer ;

3° L'indication de la paternité naturelle ne doit être admise qu'autant qu'elle est accompagnée ou précédée de la reconnaissance du père;

4° L'indication de la paternité ou de la maternité, soit adultérine, soit incestueuse, doit être indistinctement repoussée;

5° Dans tous les cas où l'indication des père et mère ou de l'un

d'eux sera admise, la désignation devra être aussi complète que possible, et se composer des éléments prescrits par l'article 56.

102 *bis*. IV. Observons, à cet égard, que dans la désignation prescrite des père et mère et des témoins, l'article 56 ne fait pas mention de l'âge. C'est peut-être une raison pour qu'on attache ici moins d'importance à en exiger la déclaration. Toutefois, je crois qu'il convient de s'en tenir sur ce point, autant qu'on le pourra, à la règle de l'article 34.

103. La loi a tracé des règles spéciales pour deux cas extraordinaires.

Le premier est relatif aux enfants trouvés; il importe d'assurer leur conservation, de marquer leur place dans la cité, et de leur procurer autant que possible les moyens de recouvrer celle qui leur manque dans leur famille. Dans ce triple but, la loi oblige toute personne qui trouve un enfant, d'abord à le remettre à l'officier de l'état civil, par les soins duquel l'enfant sera remis à une autorité civile (si toutefois la personne qui le présente ne consent pas elle-même à s'en charger, C. pén., art. 347). La remise de l'enfant est accompagnée de celle des vêtements et autres effets trouvés avec lui. Il est fait en même temps déclaration des circonstances de temps et de lieu. On dresse du tout un procès-verbal détaillé. Ce procès-verbal, qui devra tenir lieu à l'enfant d'acte de naissance, et qui s'inscrit en conséquence sur les registres, contient, comme de raison, les énonciations d'âge, de sexe et de noms. Il indique de plus l'autorité, ajoutons ou la personne, à laquelle l'enfant sera confié. V. art. 58; C. pén., 347.

104. Le second cas est celui de naissance sur mer. L'acte est alors dressé dans des formes particulières (art. 59). La loi prescrit en outre les mesures à prendre pour soustraire le plus tôt possible aux dangers de la navigation la preuve de l'état de l'enfant, et pour qu'elle soit consignée dans les registres ordinaires (art. 60 et 61).

Quant à la forme, la loi désigne les officiers du bâtiment qui doivent remplir ici les fonctions d'officier de l'état civil;

elle prescrit la rédaction de l'acte dans les 24 heures; elle veut que les témoins soient pris de préférence parmi les officiers, et, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage; enfin elle ordonne l'inscription de l'acte à la suite du rôle d'équipage. V. art. 59.

A l'égard de la conservation de l'acte, il y est pourvu par le dépôt à terre, soit d'expéditions authentiques de l'acte, soit du rôle d'équipage qui le contient, entre les mains de fonctionnaires désignés. Ceux-ci conservent dans leur bureau, soit le rôle d'équipage contenant la minute, soit une des expéditions déposées. Dans tous les cas, une expédition ou une copie d'expédition est envoyée, par l'entremise, s'il y a lieu, du ministre de la marine, à l'officier de l'état civil du domicile du père, s'il est connu, ou autrement de la mère. Cet officier doit l'inscrire immédiatement sur ses registres. V. art. 60 et 61; et à ce sujet Ord. 23 octobre 1833 (1), art. 4, 5 et 6.

105. Il arrive souvent que la filiation d'un enfant ne se trouve pas constatée par son acte de naissance, soit que l'acte n'existe pas, qu'il soit muet sur ce point, ou que la déclaration y contenue ne fasse pas foi. Sous ce rapport, l'acte de naissance peut, du moins à l'égard des enfants naturels, être suppléé ou complété par une reconnaissance postérieure du père ou de la mère (art. 334). Si l'officier de l'état civil n'est pas seul compétent, du moins est-il certain qu'il a qualité pour dresser acte de cette reconnaissance. Quant à la forme à suivre, il paraît naturel de s'en référer à celle qui est établie pour l'acte de naissance, par conséquent d'appeler deux témoins. Du reste, la loi se borne ici à prescrire l'inscription sur les registres, et la mention en marge de l'acte de naissance. V. art. 62 et, à ce sujet, 49.

105 *bis*. I. La faculté de reconnaître par un acte postérieur l'enfant dont la filiation n'est pas dûment constatée par son acte de naissance ne peut évidemment s'appliquer qu'aux enfants naturels. Quant aux enfants légitimes, leur filiation doit, comme on l'a

(1) IX, 2e part., sect. I. B. 266, n° 5051.

vu, être énoncée dans l'acte de naissance qui est destiné à en faire preuve (v. art. 319). Si donc, à cet égard, il y a omission, c'est le cas d'une rectification qui ne peut avoir lieu qu'en vertu de jugement (v. art. 99, Avis du cons. d'État du 12 brum. an XI, et, ci-dessus, n° 100 *bis*. II).

105 *bis*. II. L'inscription sur les registres, telle que la prescrit l'article 62, pourrait certainement s'appliquer à un acte que l'officier de l'état civil n'aurait pas lui-même reçu (v. à ce sujet, art. 60 *in fin.*, 61 *in fin.*, 80 al. dern., 82 al. dern, 171). Et, comme l'authenticité est la seule condition requise pour la validité de l'acte de reconnaissance (art. 334), il faut bien admettre que l'officier de l'état civil n'a pas, en effet, pour la réception de cet acte une compétence exclusive. Mais, pour n'être pas exclusive, sa compétence n'en est pas moins certaine; car il s'agit bien d'un acte de l'état civil; ajoutons qu'il s'agit d'un fait que l'officier de l'état civil aurait seul qualité pour constater, si la reconnaissance intervenait dans l'acte même de naissance. La pratique, du reste, est constante sur ce point.

105 *bis*. III. La validité de la reconnaissance, lorsque l'acte n'en est pas reçu par l'officier de l'état civil lui-même, n'est pas subordonnée à l'inscription sur les registres de l'état civil (v. art. 334). Mais il convient toujours de faire cette inscription, qui seule peut donner à l'état de l'enfant reconnu la publicité désirable.

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE.

106. Ces actes sont destinés à constater l'existence du mariage. Les règles contenues dans ce chapitre ont pour but principal d'assurer l'accomplissement des conditions exigées pour pouvoir le contracter, conditions qui ne sont pas encore connues. Ces règles, d'ailleurs, s'identifient pour la plupart avec les formalités requises pour la célébration; quelques-unes s'appliquent aux oppositions; or, ces deux matières font l'objet spécial des chapitres II et III au titre du mariage. Il nous paraîtrait donc prématuré d'entrer ici dans une analyse

détaillée, et nous croyons plus logique de renvoyer cette analyse, et les explications qui doivent la suivre, au siége de la matière.

Pour le présent, il nous suffit de résumer dans un simple exposé toutes les dispositions de ce chapitre; elles sont relatives aux publications, aux oppositions, à la célébration et à l'acte qui doit en être dressé.

Ainsi, avant sa célébration, le mariage doit être annoncé par des publications, dont l'acte, consigné sur un registre particulier (1), doit être affiché par extrait; cette annonce a en partie pour but d'avertir ceux qui auraient droit de former opposition; les oppositions dûment signifiées doivent être constatées sur le registre des publications, et l'officier de l'état civil ne peut impunément passer outre à la célébration du mariage, tant que l'opposition n'est pas levée.

Quant à la célébration, elle a lieu publiquement devant l'officier de l'état civil du domicile d'une des parties, lequel, après s'être assuré de l'accomplissement des conditions requises, et s'être fait remettre à cet effet les pièces nécessaires, reçoit la déclaration des contractants, prononce en conséquence leur union, et en dresse acte dans les formes déterminées.

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE DÉCÈS.

107. L'acte de décès tend à prouver légalement qu'une personne est décédée. A cet égard, deux choses à établir : 1° le fait de la mort; 2° l'individualité de la personne décédée.

Le fait de la mort se trouve constaté par l'exécution des mesures prescrites pour prévenir les inhumations précipitées. Quoique ces mesures soient plutôt du ressort de la loi de po-

(1) Ce registre, coté et paraphé comme les autres registres de l'état civil, ne diffère de ceux-ci qu'en ce qu'il n'est pas tenu double. A la fin de l'année, il doit être déposé au greffe (art. 63).

lice, elles sont tracées par notre Code, et c'est à l'officier de l'état civil qu'en est confiée l'exécution (1).

Ainsi, aucune inhumation ne peut se faire sans son autorisation. Cette autorisation, qui au surplus ne donne lieu à aucun frais, ne doit se délivrer qu'après vérification du décès. A cet effet, la loi exige que l'officier public se transporte (2) auprès de la personne décédée. Enfin, la loi ne permet en général de *délivrer* (3) cette autorisation que vingt-quatre heures après le décès. V. art. 77; et remarquez que, pour mieux assurer l'exécution de la prohibition d'inhumer sans l'autorisation préalable de l'officier de l'état civil, un décret spécial défend sous les peines de droit :

1° Aux autorités municipales de souffrir les transport, présentation, dépôt, inhumation des corps, ni l'ouverture des lieux de sépulture;

2° Aux personnes ou établissements chargés des fournitures pour les funérailles d'en faire la délivrance;

3° Aux ministres des divers cultes de prêter leur ministère;

Le tout s'il ne leur apparaît de l'autorisation requise (v. Décr. du 4 therm. an XIII (4); v. au surplus C. pén., art. 358).

107 *bis.* La loi, sauf les cas particuliers de décès dans les hôpitaux (art. 80), de décès dans les prisons (art. 84), et de décès sur mer (art. 86), ne fixe aucun délai pour la déclaration du décès ni pour la rédaction de l'acte. Elle n'impose non plus précisément à personne l'obligation de faire cette déclaration (5). A cet égard, elle se borne à indiquer les personnes dont la déclaration sera de préférence admise pour fournir les éléments nécessaires à la rédaction de

(1) C'est un moyen de s'assurer que la rédaction de l'acte ne sera pas omise; car l'officier de l'état civil ne délivrera pas la permission nécessaire pour inhumer avant que l'acte ait été dressé.

(2) Le transport de l'officier de l'état civil est utilement remplacé dans l'usage par celui d'un homme de l'art requis par lui.

(3) C'est l'inhumation qui, dans le but que la loi se propose, ne doit point avoir lieu avant les 24 heures. Mais l'acte portant permission d'inhumer après ce délai peut sans inconvénient se délivrer, et se délivre effectivement, dans la pratique, aussitôt après la vérification du décès.

(4) IV, B. 52, n° 865.

(5) Il en était autrement sur les deux points sous l'empire de lois précédentes (v. Loi 20 sept. 1792, tit. V, art. 1er; Loi 19 déc. 1792, sect. 1re, art. 1er).

l'acte de décès (art. 78). Le législateur apparemment a pensé que, la force des choses ne permettant pas de retarder longtemps l'inhumation, qui ne peut avoir lieu sans autorisation de l'officier de l'état civil, l'avis du décès serait nécessairement donné à cet officier, qui ne délivrerait l'autorisation d'inhumer qu'après avoir dressé l'acte. Tel me paraît bien être, en effet, le vœu de la loi, et je considérerais, en général, comme en faute l'officier de l'état civil qui délivrerait l'autorisation d'inhumer avant la rédaction de l'acte de décès. Toutefois, nous devons remarquer que la loi sur ce point n'est pas précise, et qu'aucune peine n'est portée contre la délivrance préalable de l'autorisation ni, en général, contre l'omission de l'acte de décès. Cette lacune, au reste, offre peu d'inconvénients, car les diverses personnes dont les droits sont ouverts par le décès d'une autre seront suffisamment poussées par leur intérêt à faire légalement constater ce décès. Il en est tout autrement quand il s'agit de la naissance d'un enfant.

108. Le décès dûment constaté, il en est dressé acte, contenant, comme de raison, les renseignements nécessaires sur l'état civil du décédé. A cet égard, les renseignements doivent être fournis à l'officier de l'état civil par des témoignages étrangers. Ainsi, l'acte est rédigé sur la déclaration de deux personnes qui, du reste, cumulent ici les rôles de comparants et de témoins. Ces personnes doivent naturellement être prises parmi celles qui sont réputées connaître le mieux l'état du défunt. C'est pour cela que la loi indique de préférence les plus proches parents ou voisins, ou en cas de décès hors du domicile, la personne chez laquelle le décès a eu lieu, avec un parent ou autre. V. art. 78.

109. La désignation de la personne, comme aussi celle des déclarants, dont le témoignage tire nécessairement plus ou moins de force de leur qualité, doivent être aussi précises que possible. Ainsi, non-seulement la loi applique ici au défunt et aux déclarants la règle qui prescrit d'énoncer dans les actes les prénoms, noms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés (v. art. 34); mais elle veut en outre, quant à la personne décédée, si elle est mariée ou

veuve, qu'on énonce les prénoms et noms de son conjoint. Quant aux déclarants, il faut dire s'ils sont parents et à quel degré.

Pour compléter même la désignation de la personne, l'acte doit contenir, mais autant qu'on pourra le savoir, la désignation de ses père et mère par leurs prénoms, noms, profession et domicile, et l'indication du lieu de sa naissance. V. art. 79; et remarquez qu'au nombre des énonciations prescrites par la loi ne se trouve pas celle des jour et heure du décès.

109 *bis*. I. De ce que la loi ne prescrit pas l'énonciation des jour et heure du décès, j'aurais de la peine à conclure que la déclaration n'en dût pas être reçue, et que là pût s'appliquer la règle de l'article 35. Rien, en effet, de plus important à établir que le moment précis du décès, qui détermine l'ouverture de la succession (v. art. 718); et de tous éléments de preuve auxquels il faudra recourir s'il vient à s'élever une contestation sur ce point, je n'en vois pas qui doive, *à priori*, inspirer plus de confiance qu'une déclaration intervenue dans un acte public à l'époque la plus rapprochée de l'événement. Aussi cette énonciation est-elle marquée dans les formules dressées par l'administration pour servir de guide aux officiers de l'état civil; or, bien que ces formules n'aient point force législative, on ne peut nier du moins qu'elles ne forment une grave autorité. La pratique d'ailleurs s'y est, à cet égard, constamment conformée, et je ne puis qu'approuver cette pratique.

109 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, l'énonciation du jour et de l'heure du décès n'étant pas légalement prescrite, et le témoignage des déclarants pouvant d'ailleurs, suivant les circonstances, être plus ou moins suspect, je crois que l'énonciation ne constituera pas, à proprement parler, une preuve légale, et que les juges pourront seulement y avoir tel égard que de raison; mais, lorsqu'il ne s'élèvera aucun soupçon de fraude, je crois qu'il conviendra de s'y arrêter.

110. Les articles 80-87 établissent les règles à suivre :

1° En cas de décès dans les hôpitaux ou autres maisons publiques.

Le chef quelconque de la maison doit donner avis du décès à l'officier de l'état civil; cet avis doit être donné dans les

vingt-quatre heures; l'officier de l'état civil se transporte à l'ordinaire pour s'assurer du décès, et en dresse l'acte dans la forme accoutumée; les renseignements dont il a pour cela besoin lui sont fournis par la déclaration, ou bien il se les procure par toute autre voie.

Au reste, pour rendre plus facile la recherche des actes concernant les personnes décédées dans ces maisons, la loi veut: 1° qu'il y soit tenu en outre des registres spéciaux; 2° que l'acte de décès, dressé par l'officier de l'état civil du lieu, soit envoyé à celui du domicile pour être inscrit sur les registres. V. art. 80.

110 *bis*. I. L'acte de décès, au cas prévu par l'article 80, doit être dressé conformément à l'article précédent, c'est-à-dire qu'il devra contenir les énonciations prescrites par l'article 79. Mais, quant aux éléments de ces énonciations, qui, dans les cas ordinaires, se puisent dans la déclaration des deux témoins (v. art. 78), la loi veut ici que l'officier de l'état civil les tire, soit des *déclarations qui lui auront été faites* (*intell.* par le chef de la maison), soit des *renseignements qu'il aura pris*. Ainsi, l'officier de l'état civil, constitué seul juge de la suffisance de ces renseignements, et maître de les aller chercher où bon lui semble, ne paraît pas même obligé de faire figurer dans l'acte les personnes qui les lui auront fournis. Je n'en conclus pas cependant que l'acte puisse être dressé sans témoins; car la présence des témoins me paraît nécessaire pour sa solennité. J'ajoute qu'il conviendra toujours de prendre les témoins parmi les personnes à même de déclarer les faits énoncés. Mais cette dernière prescription ne me paraît pas de rigueur.

110 *bis*. II. Les registres spéciaux prescrits par l'article 80 n'ont pas la foi d'actes authentiques, car ceux qui les tiennent ne sont pas officiers de l'état civil. Mais ces registres peuvent servir de renseignement, soit pour la recherche, soit pour la rectification des actes de l'état civil. Ce renseignement acquerrait surtout une grande importance, au cas de perte ou de non-existence des registres publics. On ne peut limiter alors le degré de foi qu'il serait permis aux juges de leur accorder (v. ci-dessus, n° 91 *bis*. IV).

110 *bis*. III. La disposition de l'article 80 s'applique nommément aux hôpitaux militaires comme aux hôpitaux civils, mais bien

entendu qu'il ne s'agit que des hôpitaux situés sur le territoire du royaume (v. art. 97). La disposition s'applique également à toute maison publique, et sous ce nom il faut comprendre, les colléges, couvents, séminaires. Quant aux établissements privés dans lesquels plusieurs personnes vivent réunies, maisons de santé, institutions, pensions de toute espèce, je crois que, suivant leur importance, ces établissements pourront passer pour maisons publiques. Dès lors, les obligations imposées aux maîtres par l'article 80, et généralement toutes les dispositions de cet article, seront applicables. C'est précisément en vue de ce cas que la loi, selon moi, a compris nommément dans sa disposition les *maîtres* de maisons.

111. 2° Lorsqu'il y aura lieu de soupçonner la mort violente.

Il faut alors, avant d'autoriser l'inhumation, recueillir tous les indices qu'elle ferait disparaître, et dont la disparition pourrait assurer l'impunité au crime. Cette mission est confiée à un officier de police qui, assisté d'un homme de l'art, dresse procès-verbal de l'état du cadavre et des circonstances y relatives. Le même procès-verbal doit contenir les renseignements relatifs à l'état civil du décédé, renseignements nécessaires pour la rédaction de l'acte de décès. V. art. 81; C. pén., art. 358, 359; v. à ce sujet Décr. 3 janv. 1813 (1), art. 18.

Les renseignements sur l'état de la personne sont adressés *de suite* à l'officier de l'état civil du lieu; celui-ci, sur ces documents, dresse l'acte de décès, dont il envoie une expédition à l'officier de l'état civil du domicile, pour être inscrite sur ses registres. V. art. 82.

112. 3° En cas d'exécution à mort.

C'est alors au greffier criminel, chargé de constater l'exécution (C. instr. crim., art. 378), qu'est naturellement imposé le devoir de transmettre à l'officier de l'état civil les renseignements nécessaires pour dresser l'acte de décès. Ces renseignements sont transmis dans les vingt-quatre heures à l'officier du lieu de l'exécution. V. art. 83.

(1) IV, B. 467, n° 8561.

113. 4° En cas de décès dans les prisons de toute nature. Les concierges ou gardiens sont, comme les chefs de maisons publiques ci-dessus, tenus d'informer l'officier de l'état civil du décès. Seulement, la loi ici dit que l'avis sera donné sur-le-champ. Sur cet avis, l'officier de l'état civil doit se transporter comme au cas de l'article 80, et rédiger l'acte de décès. Du reste, le législateur entend sans doute que, pour cette rédaction, on se conforme encore aux règles prescrites par le même article 80. V. art. 84.

113 *bis.* Dans ce cas ni dans le précédent, la loi ne rappelle pas l'obligation d'envoyer à l'officier de l'état civil du domicile une expédition de l'acte de décès. Ce n'est peut-être qu'une omission par inadvertance, car il y a même raison que dans les deux autres cas ; et je crois, dès lors, qu'on fera bien de faire cet envoi. Mais l'officier rédacteur de l'acte ne sera pas en faute en s'en abstenant, puisque la loi ne le dit pas, et qu'il n'existe pas de règle générale qui prescrive l'envoi au domicile de tout acte de l'état civil reçu dans un autre lieu.

114. Au surplus, l'intérêt des familles a fait admettre, dans ces deux cas et dans le précédent, la règle qui défend de rappeler dans l'acte de l'état civil des circonstances entièrement étrangères à cet état, et dont la mention pourrait occasionner des désagréments aux parents du décédé. Ainsi, les actes de décès seront simplement rédigés *dans les formes prescrites par l'article* 79. V. art. 85.

114 *bis.* La loi ici, pas plus que dans l'article 80, ne renvoie à l'article 78. Ce n'est pas, en effet, dans la déclaration de deux témoins que seront spécialement puisés les éléments des énonciations de l'acte, car la règle prescrite par l'article 80 devra être appliquée au cas de l'article 85 qui y renvoie ; et quant au cas des articles 82 et 83, les renseignements seront transmis à l'officier de l'état civil par l'officier public rédacteur du procès-verbal qui les contient. Toutefois j'applique ici ce que j'ai dit ci-dessus sur la nécessité d'appeler des témoins à la rédaction de l'acte (v. ci-dessus, n° 110 *bis.* I) ; et j'y insiste d'autant plus, qu'appliquer ici une forme insolite pour

la rédaction de l'acte, ce serait révéler par là même les fâcheuses circonstances dont la loi ne veut pas qu'il reste de trace.

115. 5° Les articles 86 et 87 ne font qu'appliquer aux décès sur mer les dispositions établies pour les naissances par les articles 60 et 61.

116. Un sixième cas extraordinaire a été prévu par le décret du 4 juillet 1806 (1), c'est celui d'un enfant mort avant que sa naissance ait été enregistrée. La question de savoir s'il a vécu ou non peut être d'un grand intérêt; mais c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de la décider: l'officier de l'état civil doit seulement constater que l'enfant lui a été présenté sans vie, et recevoir les déclarations des témoins sur l'état civil des père et mère et sur l'époque de la naissance. Cet acte est inscrit sur les registres de décès.

117. Septièmement, un décret du 3 janvier 1813 (2), contenant des dispositions de police relativement à l'exploitation des mines, prévoit le cas d'ouvriers morts par accident dans une exploitation. Il charge les maires ou autres officiers de police de se faire représenter les cadavres, et d'exécuter la disposition de l'article 81, sous les peines portées par les articles 358 et 359 du Code pénal (v. d. D., art. 18).

Il prévoit de plus le cas d'impossibilité de parvenir jusqu'aux cadavres, et ordonne de faire constater cette circonstance par le maire ou autre officier public. L'officier public doit transmettre son procès-verbal au procureur du roi, à la diligence duquel, et sur l'autorisation du tribunal, cet acte est annexé au registre de l'état civil (v. d. D., art. 19).

117 *bis*. I. Le décret ne s'explique pas sur la question de savoir si le procès-verbal prescrit par l'article 19 vaudra comme constatation légale du décès. Mais il semble qu'en prescrivant de l'annexer au registre de l'état civil, et en exigeant pour cela l'autorisation du tribunal, il le considère comme destiné, en effet, à remplacer l'acte de décès. Toutefois, je crois qu'une pareille question ne peut se décider qu'en connaissance de cause, et qu'ici, comme au cas de l'ar-

(1) IV, B. 104, n° 1744.
(2) IV, B. 467, n° 8561.

ticle 46, les tribunaux doivent avoir une grande latitude. Mais, si les documents insérés au procès-verbal leur paraissent suffisants pour considérer la mort comme certaine, je crois qu'ils pourraient s'en contenter, soit pour déclarer la succession ouverte, soit même pour autoriser le convol du conjoint (nonobstant Avis du cons. d'État du 17 germ. an XIII (1), qui n'a en vue que des actes de notoriété fournis après coup).

117 *bis*. II. Quelque spéciales que soient les dispositions du décret de 1813, je pense avec M. Demolombe (2) qu'il y aurait lieu de les appliquer par analogie aux divers cas de ruine, incendie, inondations, éboulements. Il y a tout à fait même raison.

CHAPITRE V.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU ROYAUME.

118. La règle *Locus regit actum* n'a point paru applicable aux militaires ou employés à la suite des armées qui, bien que hors du royaume, doivent toujours être réputés en France, tant qu'ils sont sous le drapeau. Les actes de leur état civil doivent donc être dressés dans les formes établies par les lois françaises, sauf les modifications commandées par l'absence des fonctionnaires ordinaires et par les circonstances particulières dans lesquelles ces actes sont reçus. V. art. 88.

118 *bis*. I. Ces règles spéciales ne sont établies que pour les militaires hors du royaume. Ceux même qui sont en activité, si c'est dans l'intérieur, restent soumis au droit commun (v. à ce sujet Avis du cons. d'État du 4e complém. an XIII (3). Toutefois la force des choses réclame l'application du droit d'exception, même dans l'intérieur, en cas de siége, ou de tout autre événement de guerre civile ou étrangère produisant impossibilité de communiquer avec les autorités civiles (arg. *à fortiori* de l'art. 983, qui permet en pareil cas l'emploi des formes exceptionnelles pour les testaments). Cela

(1) IV, B. 41, n° 666.
(2) Tom. 1er, n° 308.
(3) IV, B. 61, n° 1071.

est, au surplus, conforme aux instructions ministérielles (v. Instruct. du ministre de la guerre du 24 brum. an XII, art. 1); et cela est supposé par une loi formelle qui reconnaît force probante à des actes reçus en France par les fonctionnaires militaires, dans des circonstances semblables (v. L. 13 janv. 1817 (1), art. 10).

118 *bis*. II. Le militaire sous le drapeau étant réputé en France, et le territoire occupé par l'armée étant censé français quant aux personnes qui la composent ou qui sont employées à sa suite, je ne puis considérer comme purement facultatif par rapport à ces personnes sur ce territoire l'emploi des formes ici réglées.

Selon moi, l'article 88, dont les termes, au reste, sont impératifs, exclut pour les cas qu'il prévoit l'application des articles 47 et 48. J'en conclus que l'acte de décès d'un militaire mort sur le champ de bataille, ou dans un hôpital militaire ambulant ou sédentaire affecté au service de l'armée, ne pourrait pas être dressé par les officiers publics du pays (2); j'en dis autant de l'acte de naissance d'un enfant né à la suite de l'armée. Pareillement, un mariage contracté entre un militaire ou employé et une femme suivant l'armée ne me paraît pouvoir être célébré que devant l'officier militaire qui remplace pour eux l'officier de l'état civil de leur domicile (v. art. 165).

Mais si, des deux personnes qui contractent mariage, l'une seulement est militaire ou employée à la suite de l'armée, je crois alors qu'il y a concurrence, et que l'on peut, à son choix : ou faire célébrer le mariage dans les formes françaises par l'officier militaire français, quand même l'une des parties serait étrangère; ou le faire célébrer dans les formes usitées dans le pays (3), quand même les parties, dont l'une n'appartient pas à l'armée, seraient toutes deux françaises (art. 47, 170); auquel cas, mais seulement dans ce cas, il leur serait aussi loisible de contracter devant les agents diplomatiques ou les consuls (art. 48).

Mon motif pour reconnaître cette concurrence, c'est qu'en principe, et sauf l'application spéciale de l'article 48, la compétence de l'officier de l'état civil pour le mariage existe à l'égard des deux parties, quand elle existe à l'égard d'une d'elles (v. art. 165).

118 *bis*. III. Dans tout ce qui précède au surplus, je suppose que

(1) VII, B. 131, nº 1530.
(2) V. à ce sujet C. c. cass. 17 août 1815; J. P., tom. 44, pag. 81.
(3) V. C. c. Rej. 23 août 1826 (J. P., tom. 77, pag. 168).

le militaire ou employé de l'armée n'est pas éloigné de son drapeau, et qu'il reste en communication avec le corps auquel il appartient. *Secùs* s'il était prisonnier (1), ou, ce qui revient au même, si l'hôpital dans lequel il se trouve ou le champ de bataille sur lequel il est mort était tombé au pouvoir de l'ennemi. Alors, en effet, il ne peut plus être censé sur le territoire français, et l'article 47 devient seul applicable.

119. Les modifications aux règles ordinaires sont les unes générales : elles déterminent par qui et comment les actes seront reçus et conservés (art. 89, 90, 91, 98) ; les autres particulières à chaque nature d'acte (art. 92-97).

120. Les dispositions générales concernent :

1° Les fonctions d'officier de l'état civil.

La loi distingue, à cet égard, entre les militaires faisant partie d'un corps et les officiers sans troupes ou les employés de l'armée. Pour les premiers, les fonctions appartiennent, suivant la composition du corps, au quartier-maître (aujourd'hui le major, Arrêté du 1er vend. an XII) ou au capitaine commandant ; pour les autres, c'est à l'inspecteur aux revues (aujourd'hui intendant militaire, Ord. du 29 juillet 1817 (2), art. 9). V. art. 89.

2° L'organisation de registres spéciaux pour l'inscription des actes.

Ces registres, distincts pour les militaires faisant partie d'un corps et pour les officiers sans troupes ou employés, sont tenus, l'un au corps, l'autre à l'état-major (3). Ils y sont soigneusement conservés, et à la rentrée en France ils sont déposés au ministère de la guerre. V. art. 90.

Les registres sont cotés et paraphés, les uns, ceux du corps, par l'officier qui commande, les autres par le chef de l'état-

(1) V. Instr. du ministre de la guerre 24 brum. an XII, art. 2.

(2) VII, B. 175, n° 209.

(3) La loi ne dit pas si chaque registre doit être tenu double. M. Duranton (tom. 1er, n° 335) l'induit de l'article 88, qui ordonne de rédiger dans les formes prescrites par les dispositions précédentes. Mais je fais remarquer qu'il ne s'agit pas ici d'une forme de rédaction, et qu'un dépôt unique étant prescrit, cela permet de supposer qu'il n'y a qu'un registre.

major-général. V. art. 91; et remarquez qu'au cas où le registre du corps est tenu par le capitaine commandant (v. art. 89), cette formalité devient à peu près sans objet, puisque c'est au rédacteur même des actes qu'appartient alors son accomplissement.

3° La transcription des actes sur les registres ordinaires de l'état civil.

A cet effet, une expédition de chaque acte doit, dans un délai différent suivant la diversité des actes, être envoyée en France à l'officier ordinaire de l'état civil (v. art. 93 *in fin.*, 95, 96 *in fin.*, 97 *in fin.*). Cet officier doit *de suite*, c'est-à-dire sans aucun retard, en faire l'inscription sur les registres. V. art. 98.

121. Les dispositions spéciales concernent :

1° Les actes de naissance.

Eu égard apparemment aux circonstances difficiles dans lesquelles une naissance peut survenir, un délai de dix jours est accordé pour la déclaration. V. art. 92. Un nouveau délai de dix jours, à partir de l'inscription, est donné à l'officier chargé de la tenue du registre pour l'envoi de l'extrait à l'officier ordinaire de l'état civil. Cet officier est celui du dernier domicile soit du père, soit de la mère, suivant que le père est ou n'est pas connu. V. art. 93.

2° Les mariages.

Ils doivent être précédés de publications en France ; la loi dit seulement au dernier domicile, mais j'entends que ce doit être dans toutes les communes où les publications seraient prescrites si le mariage se célébrait en France (v. art. 166, 167, 168). Il va sans dire, je crois, que les délais ordinaires doivent d'ailleurs être observés (v. art. 63, 64, 65). En outre, la loi, pour mieux atteindre son but, exige un mode particulier de publication par la mise à l'ordre du jour du corps, si le futur époux tient à un corps, ou autrement, à celui de l'armée ou corps d'armée. V. art. 94.

Après la célébration du mariage et l'inscription de l'acte

sur les registres, l'envoi d'une expédition à l'officier ordinaire de l'état civil doit être immédiat, car on n'a pas dû supposer qu'un mariage se célébrerait dans des circonstances difficiles, et dès lors il n'y avait pas de motif pour accorder un délai. L'envoi doit être fait à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux (1). V. art. 95.

3° Les actes de décès.

Ils sont rédigés, en général, par les officiers ci-dessus désignés sur l'*attestation* de trois témoins (2). L'envoi d'une expédition doit être fait à l'officier de l'état civil du dernier domicile. Ici, comme pour les actes de naissance, s'applique avec raison le délai de dix jours. V. art. 96.

Le cas de décès dans les hôpitaux est réglé d'une manière toute spéciale ; l'acte alors est rédigé par le directeur (qui, en l'absence de formes exceptionnelles, me paraît devoir se conformer purement et simplement aux articles 77, 78 et 79). Cet acte (c'est-à-dire, je crois, un double sur feuille volante du registre que tient et conserve le directeur) est envoyé à l'officier qui, à l'égard du décédé, devait remplir les fonctions d'officier de l'état civil. C'est cet officier qui est chargé d'en faire parvenir une expédition en France à l'officier ordinaire de l'état civil. V. art. 97.

121 *bis*. La loi n'a tracé de règles spéciales que pour les actes de naissance, de mariage et de décès. Mais l'article 89 chargeant les officiers qu'il désigne des fonctions d'officiers de l'état civil, je ne vois pas pourquoi on leur refuserait qualité pour recevoir également un acte de reconnaissance d'enfant naturel. Ils peuvent certainement recevoir et inscrire une déclaration de reconnaissance intervenant dans l'acte de naissance de l'enfant ou dans l'acte de mariage des père et mère (art. 331 ; v. Instr. du ministre de la guerre du 24 brum. an XII, tit. II, sect. II, *observ. fin.*) ; il y a tout à fait

(1) Si les deux époux ont un domicile différent, il suffit peut-être de faire l'envoi au domicile de l'un des deux (arg. de l'art. 165). Mais on fera mieux, je crois, de faire alors un double envoi.

(2) J'entends que la déclaration des témoins suffit ici pour certifier, et le fait même du décès, sans transport de l'officier public, et l'individualité du décédé. Je m'explique ainsi qu'on ait exigé un témoin de plus que dans les cas ordinaires.

même raison pour leur accorder le droit de dresser un acte exprès quand ils en sont requis (v. art. 62 et ci-dessus n° 105 *bis*. II). L'induction contraire qu'on voudrait tirer de l'instruction du ministre n'est peut-être pas même dans sa pensée (1); mais, en fût-il autrement, cette instruction ne pourrait prévaloir sur la loi, ni ôter sa force à la reconnaissance reçue aux termes des articles 89 et 62.

CHAPITRE VI.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

122. Il eût été inutile de prendre tant de précautions pour assurer la sincérité des actes de l'état civil, si ces actes pouvaient arbitrairement être changés ou modifiés. Lors même qu'il s'y serait glissé quelque erreur, elle ne devrait donc être rectifiée qu'en vertu d'un jugement; et comme cette rectification intéresse principalement les particuliers dont les droits y sont subordonnés, c'est à eux seuls qu'appartient en principe le droit de la requérir (v. Disc. du cons. d'État, Proc.-verb. du 12 brum. an x (2); Av. cons. d'État, 13 nivôse an x (3 janvier 1802) (3); v. aussi art. 99).

122 *bis*. I. Trois propositions principales ressortent de l'article 99:

1° La rectification des actes de l'état civil n'a lieu qu'en vertu du jugement;

2° Ce jugement doit être provoqué par une demande;

3° Il doit être rendu *sur les conclusions* du procureur du roi.

La première proposition est incontestable, et a été formellement proclamée par l'avis du conseil d'État du 13 niv. an x.

Des deux dernières propositions combinées, il résulte que le procureur du roi n'a pas, du moins en principe, le droit d'agir, comme partie principale, en rectification; d'où il suit que la demande ne

(1) Ce que le ministre déclare défendu aux officiers militaires, c'est de *connaître*, par conséquent de se constituer juges, d'une reconnaissance ou d'un désaveu; c'est-à-dire, selon moi, qu'ils ne doivent pas régler les énonciations des actes qu'ils reçoivent sur une prétendue reconnaissance du père naturel qui leur serait alléguée, ou sur la dénégation faite par le mari d'une paternité que la loi lui attribue.

(2) Fenet, tom. 8, pag. 64.

(3) III, B. 225, n° 2058.

peut être formée que par les parties intéressées. Ce point de doctrine, exprimé aussi, mais en termes énonciatifs, par l'avis du conseil d'État, résulte clairement du procès-verbal de la discussion du Code civil. La section de législation, d'accord en ce point avec le projet des commissaires, avait proposé deux modes de rectification, l'un sur la réquisition du procureur du roi à la suite de la vérification annuelle qu'il doit faire des registres, et l'autre sur la demande des parties. Le premier mode fut rejeté après discussion, et le second seul consacré (v. Proc.-verb. du 14 fruct. an IX, *discuss.* sur la section V, art. 13 (1); Proc.-verb. du 12 brum. an X (2)).

122 *bis.* II. Toutefois, ne nous pressons pas de conclure que le droit d'agir en rectification soit absolument et indistinctement refusé au procureur du roi. Il a incontestablement le droit d'agir d'office, en cette matière comme en toute autre, dans les circonstances qui intéressent l'ordre public (3) : *puta*, si pour soustraire un enfant au service militaire on avait, comme cela s'est vu, faussement constaté son sexe dans son acte de naissance. Mais il faut que l'ordre public soit particulièrement intéressé à la rectification de l'acte, il ne suffit pas, pour motiver l'action du ministère public, de l'intérêt général de la société à l'exactitude et à la bonne tenue des registres.

En outre, le procureur du roi pourrait quelquefois dans un simple intérêt privé requérir la rectification, si l'acte concerne des personnes dont les intérêts lui sont particulièrement confiés, par exemple un présumé absent (v. art. 114 (4)).

Les jugements se rendent encore à la requête du ministère public quand ils ont pour objet de réparer les omissions ou de faire les rectifications d'actes qui intéressent les individus notoirement indigents. Cette pratique est consacrée par la loi de finances de 1817, qui prescrit en conséquence le *visa* pour timbre et l'enregistrement *gratis*,

(1) Fenet, tom. 8, pag. 49-51.

(2) *Ibid.*, pag. 64.

(3) Ce principe est proclamé, pour le cas analogue, si ce n'est identique, d'inscription d'actes de l'état civil après les délais, par l'avis du conseil d'État du 12 brum. an XI (III, B. 225, nº 2067) : v. à ce sujet Décr. 18 juin 1811 (IV, B. 377, nº 7035), art. 122.

(4) Ce n'est pas que je reconnaisse, comme quelques-uns, au ministère public le droit de plaider indistinctement pour les absents; je ne pense pas qu'il puisse engager ou soutenir un débat contradictoire. Mais la mission de veiller à leurs intérêts me semble emporter celle de requérir d'office de la justice les mesures que ces intérêts commandent. V. au surplus ce que je dis ci-dessous sur l'article 114.

tant des jugements que des actes de procédure (L. du 25 mars 1817 (1), art. 75).

Enfin, le Code civil, dans un cas qui se rattache à la matière de la rectification, autorise l'action du ministère public concurremment avec celle des parties intéressées, c'est quand il s'agit d'acquérir par le résultat d'une procédure criminelle la preuve d'un mariage : l'action, dite *criminelle,* tendant à cette fin, et qu'il ne faut pas confondre avec l'action publique, paraît, il est vrai, n'appartenir qu'aux époux tant qu'ils vivent tous deux ; mais, après la mort de l'un d'eux, l'article 199 l'accorde formellement aux intéressés et au procureur du roi.

Le législateur, sans doute, a considéré que l'intérêt, qui du vivant des deux époux semble se concentrer en eux, devient à la mort de l'un d'eux commun à une foule de personnes dont les droits peuvent dépendre du mariage et auxquelles il importe d'en conserver la preuve. Et, parce que, au nombre des intéressés, qui ne sont pas tous nécessairement connus, il peut y avoir des incapables, il a pensé que ces intérêts devaient être l'objet d'une protection sociale. Cette considération pourrait s'appliquer dans d'autres cas analogues, et faire regretter le refus de l'action directe du ministère public à l'effet de faire rectifier les registres de l'état civil. Toutefois on ne pense pas qu'elle puisse suffire pour autoriser cette action, que le législateur a clairement manifesté l'intention générale de refuser.

122 *bis.* III. De ce que la rectification ne peut être prononcée d'office je ne voudrais pas conclure qu'elle ne puisse l'être que sur une demande formelle. Toutes les fois que l'état attribué à une personne par un acte de l'état civil est mis en question, celui qui conteste cet état, ou qui réclame un état contraire, demande virtuellement que l'acte soit rectifié. Si donc la contestation ou la réclamation triomphe, je crois, en l'absence même de conclusions formelles à cet égard, que les juges, en déclarant un état contraire à celui qui résulte de l'acte, non-seulement *peuvent,* mais *doivent,* ordonner l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil, avec mention en marge de l'acte ainsi annulé ou réformé.

123. La forme pour arriver à la rectification est réglée en détail par le Code de procédure (art. 855, 856, 858). Il nous

(1) VII, B. 145, n° 1879.

suffit de savoir : 1° que la demande, formée par requête, doit être portée au tribunal compétent (la compétence paraît appartenir en général au tribunal dans le ressort duquel l'acte a été passé); 2° qu'ici s'applique la règle des deux degrés de juridiction (art. 54), et celle qui prescrit la communication au ministère public, des causes concernant l'état des personnes (C. pr., art. 83-2°); 3° que le demandeur n'est peut-être pas le seul intéressé, auquel cas les juges peuvent ordonner que les autres parties seront appelées. Ils peuvent aussi, pour s'éclairer, recourir à l'avis de la famille assemblée. V. C. civ., art. 99; C. pr., 855.

123 *bis*. L'introduction de l'instance par requête, et la mise en cause purement facultative des parties intéressées, ne sont pas applicables au cas où la demande en rectification est accessoire d'une action en réclamation d'état, qui le plus souvent accède elle-même à une action en pétition d'hérédité. Il est clair que dans ce cas, et généralement toutes les fois que les adversaires seront connus, la demande doit se former par assignation. Évidemment aussi, lorsque la demande en rectification est accessoire, c'est la nature de l'action principale qui doit déterminer la compétence du tribunal.

124. Il importe d'autant plus de mettre en cause tous les intéressés, que, suivant les principes sur l'autorité de la chose jugée, le jugement de rectification ne pourra leur être opposé s'ils n'y ont pas été parties. V. art. 100 et 1351.

124 *bis*. Pour repousser l'effet du jugement opposé à leurs prétentions, les tiers n'ont pas besoin d'attaquer ce jugement et de le faire tomber, car il n'a pas d'autorité contre eux (art. 1351). Mais s'ils voulaient, comme ils peuvent y avoir intérêt, priver le jugement de l'effet dont il est susceptible envers la société, c'est-à-dire empêcher son inscription sur les registres de l'état civil ou faire inscrire sur les registres une rectification en sens contraire, ils auraient alors besoin de l'attaquer, et à cet effet la voie de la tierce-opposition leur serait ouverte (C. proc., art. 474).

125. Quoi qu'il en soit, le jugement, tant qu'il n'est pas réformé ou au moins attaqué, suffit pour attribuer à la personne, envers la société, l'état qui lui a été reconnu. Ce juge-

ment doit en conséquence être inscrit sur les registres de l'état civil. Et là, comme au cas de reconnaissance d'un enfant (art. 62), pour que l'acte, dont l'état matériel reste toujours le même (C. pr., art. 857), n'induise personne en erreur, mention du jugement, ajoutons, et de la rectification qu'il ordonne, sera faite en marge de l'acte réformé. A ce moyen, les dépositaires des registres ne seront pas exposés à délivrer par inadvertance l'acte sans les rectifications ordonnées; ce que la loi leur défend au surplus formellement. V. art. 101; C. pr., 857, et à ce sujet art. 49; v. au surplus Avis cons. d'État 4 mars 1808 (1).

125 *bis.* La loi, qui prescrit de mentionner en marge de l'acte le jugement de rectification, n'exige pas formellement d'énoncer dans cette mention la nature de la rectification ordonnée. Mais si cette énonciation n'avait pas lieu, il faudrait, pour se conformer à la défense de délivrer l'acte sans les rectifications, délivrer toujours à la suite une expédition du jugement. Si au contraire la rectification est spécifiée, il suffira, dans la pratique, de délivrer l'acte avec la mention qui se trouve en marge. C'est cette dernière marche qui, comme plus expéditive et moins dispendieuse, a été déclarée préférable par l'avis du conseil d'État du 4 mars 1808.

126. Les principes qui s'opposent à la rectification des actes de l'état civil sans jugement semblent devoir régir également le cas où il s'agirait d'insérer dans les registres de l'état civil des actes qui n'y ont pas été portés dans les délais prescrits. Voy. à cet égard Avis cons. d'État, 12 brum. an XI (3 nov. 1802) (2).

(1) IV, B. 184, n° 3173.
(2) III, B. 225, n° 2067; v. ci-dessus n° 100 *bis.* II.

TITRE TROISIÈME.

DU DOMICILE.

127. Le domicile est un effet du droit qui consiste dans la relation établie par la loi entre une personne et le lieu où elle exerce ses droits. Souvent aussi c'est ce lieu même que l'on nomme domicile.

Le domicile peut s'envisager sous le rapport des droits politiques ou sous le rapport des droits civils. Nous n'avons point à nous occuper du domicile politique, il suffit de dire qu'il peut être distinct du domicile civil (v. Loi 19 avril 1831 (1), art. 10-12; Loi 25 avril 1845 (2).

Ce dernier est surtout important à connaître pour déterminer le lieu où chaque personne doit être assignée (C. pr., art. 68), et le tribunal devant lequel elle doit être traduite, au moins en certaines matières (*ibid.*, art. 59).

127 *bis*. I. Aujourd'hui que l'uniformité de législation ne laisse plus comme autrefois au domicile particulier de chaque Français l'important effet de déterminer le statut personnel qui doit régir son état, ni le statut réel qui doit régler la transmission de sa succession mobilière, il est vrai de dire que le domicile n'a pas sur l'exercice des droits civils une influence générale. En effet, la plupart des droits civils s'exercent sans acception de lieu, et par conséquent indépendamment de la question de domicile. Toutefois, outre les deux effets concernant la validité des significations et la compétence, et en y joignant l'effet relatif à l'ouverture de la succession (v. art. 110), qui aboutit aussi à une détermination de compétence, il convient encore de signaler certains actes, qui ne peuvent légalement se passer qu'au domicile de la personne ou d'une des personnes qu'ils concernent. Tel est le mariage, à l'égard duquel, au reste, le domicile est réglé d'une manière spéciale (v. art. 74, 165); tel est le contrat d'adoption (v. art. 353), et aussi celui de tutelle officieuse

(1) IX, 1re part., B. 37, n° 105.
(2) IX, B. 1196, n° 11948.

(v. art. 363). C'est aussi par le domicile du mineur ou de l'interdit que se détermine le lieu où doit être convoqué le conseil de famille, soit pour la nomination du tuteur, soit pour les diverses opérations de la tutelle (v. art. 406, 509).

127 *bis*. II. Il y a encore beaucoup de cas où le domicile de la personne est pris en considération, soit par la loi civile, soit par la loi politique, pour la soumettre à certaines charges ou pour la faire jouir de certains avantages dans telle ou telle localité.

Ainsi, c'est dans la commune de son domicile que chacun est soumis à la taxe personnelle (L. de finances du 21 avril 1832 (1), art. 13).

C'est là qu'il doit le service de la garde nationale (L. 22 mars 1831 (2), art. 9; v. pourtant L. 14 juill. 1837 (3), art. 1).

C'est aussi le domicile ou du moins la résidence dans la commune qui soumet à la prestation personnelle pour la réparation des chemins vicinaux (v. L. 21 mai 1836 (4), art. 3).

Quant aux avantages attachés au domicile dans une commune, on peut citer entre autres la participation aux bois d'affouage (v. C. for., art. 105).

127 *bis*. III. En outre, le domicile réel sert à déterminer le domicile politique, si la volonté contraire n'a été légalement manifestée (v. L. 19 avril 1831 (5), art. 10; aj. L. du 25 avril 1845 (6)).

Il est exigé comme condition :

Dans le département, pour les fonctions de juré (v. C. instr. cr., art. 382) ;

Dans l'arrondissement, pour être témoin dans les actes notariés (v. L. 25 vent. an XI (7), art. 9).

Pareillement, le Code civil prescrit ou permet de s'attacher au domicile dans la commune ou dans une certaine distance pour déterminer la vocation au conseil de famille (v. art. 407, 409; v. aussi art. 432).

Enfin, on comprend que le rapport légal établi entre une personne et le lieu où elle est réputée avoir le siége de ses affaires doit donner lieu à une foule d'autres applications (v. notamment art. 61,

(1) IX, 1re part., B. 76, n° 169.
(2) IX, 1re part., B. 26, n° 92.
(3) IX, B. 520, n° 6941.
(4) IX, B. 422, n° 6293.
(5) IX, 1re part., B. 37, 105.
(6) IX, B. 1196, n° 11948.
(7) III, B. 258, n° 2440.

80, *in fin.*, 82 *in fin.*, 87 *in fin.*, 93, 95, 96 *in fin.*, 97 *in fin.*; v. encore art. 1247, al. dernier, art. 2018, 2265, etc.).

En vue de toutes ces conséquences légales on ne peut hésiter à considérer le domicile comme un élément important de l'état des personnes.

128. Le principe général, quant au domicile civil de tout Français, c'est qu'il est au lieu du principal établissement. V. art 102. Voir à ce sujet *Jul.*, L. 27, § I, ff. *ad mun. et de inc.; Diocl. et Max.*, L. 7, Cod. *de incol.;* mais voyez art. 74, qui règle, d'après d'autres vues, le domicile quant au mariage.

128 *bis.* I. La détermination du domicile n'est appliquée par l'article 102 qu'aux Français; elle l'est à tout Français; elle ne l'est qu'en vue de l'exercice des droits civils; elle a pour base le principal établissement.

De là plusieurs questions :

1° Un étranger peut-il avoir domicile en France?

2° Tout Français, soit qu'il jouisse ou non des droits civils, peut-il avoir un domicile?

3° Tout Français doit-il nécessairement avoir un domicile, et un domicile unique, soit qu'on lui suppose plusieurs établissements de même importance, soit qu'en fait on ne lui en suppose aucun?

128 *bis.* II. Quoique les Français soient seuls compris dans les termes de l'article 102, ce n'est pas une raison pour conclure qu'un étranger ne puisse avoir de domicile en France. Il le peut certainement s'il est autorisé par le roi (v. art. 13); et cela est tout simple, car, jouissant alors de tous les droits civils, il doit être, quant à leur exercice, dans la même condition que les Français.

Il y a plus de difficulté à reconnaître un véritable domicile en France à l'étranger non autorisé. Cependant j'inclinerais pour l'affirmative, lorsque la résidence en France présentera bien réellement le caractère de principal établissement; ce qui, en fait, ne devra pas être facilement admis, mais ce qui pourtant est possible.

Lors même, au reste, que la résidence de l'étranger en France ne constituerait pas un véritable domicile, elle pourrait, au moins, sous certains rapports, en tenir lieu. Ainsi, je ne doute pas, s'il est justiciable des tribunaux français (v. à ce sujet, art. 14, et ci-dessus, n° 29), qu'il ne puisse, à défaut de domicile, être assigné à sa rési-

dence (C. proc., art. 69-8°), et, si la matière est personnelle, devant le tribunal de cette résidence (C. proc., art. 59, al. 1). C'est seulement quand, ayant conservé son domicile dans son pays, il n'aurait pas en France de résidence fixe, qu'il devrait être assigné au domicile du procureur du roi (C. proc., art. 69-9°).

128 *bis*. III. Une personne, lors même qu'elle serait en état de mort civile, peut certainement avoir un principal établissement. Dès lors, je ne vois pas pourquoi, quant à l'exercice des droits qui lui restent, on refuserait de lui reconnaître un domicile, au lieu où elle est ainsi établie. Cela une fois admis, on doit dire, je crois, que tout Français peut avoir un domicile.

128 *bis*. IV. Mais pour avoir un domicile, il faut un principal établissement, et cette condition manque également à celui qui a plusieurs établissements, tous de même importance, et à celui qui n'en a aucun. Au premier cas les lois romaines admettaient, contre l'avis pourtant de Labeon, qu'il y avait plusieurs domiciles (v. *Paul.*, L. 5; *Ulp.*, L. 6, § 2; *Jul.*, L. 27, § 2, ff. *ad municip.*); au second, qu'il n'y en avait pas.

Pour moi je croirais plutôt, en m'attachant aux termes de l'article 102, que dans les deux cas, il n'y a pas de domicile. Mais ce résultat est-il possible? Plusieurs le contestent; ils voient dans l'article 102 l'obligation pour tout Français d'avoir un domicile, sur lequel puissent se régler ses rapports avec les autres membres de la société. Cela posé, pour trouver ce domicile à celui-là même qui n'aurait actuellement aucun établissement fixe, ils lui en constituent un à sa naissance, d'après celui des père et mère s'ils sont connus, ou autrement d'après le lieu de naissance; après quoi, suivant eux, ce domicile d'origine se conservera tant qu'il n'en aura pas été acquis d'autre.

Apercevons d'abord les graves inconvénients de ce système, qui amènerait pour résultat la faculté de faire valablement les significations les plus importantes dans un lieu avec lequel la personne peut n'avoir conservé, n'avoir jamais eu même, aucune relation; si bien qu'il n'y aurait nulle chance que les actes signifiés pussent parvenir à sa connaissance. Ce serait là une criante injustice, à laquelle je ne pourrais me résigner qu'en présence d'un texte formel. Mais ce texte n'existe pas; tout le système repose sur l'exagération d'un principe vrai et sur deux pétitions de principe. Il est vrai que

dans le vœu du législateur chacun doit avoir un domicile, et la loi qui punit le vagabondage en offrirait au besoin la preuve (v. C. pén., art. 270). C'est une raison pour que la loi suppose, en général, un domicile à tout Français; et c'est ce qu'elle fait dans l'article 102. J'ajoute que c'est une raison pour qu'on soit toujours disposé à reconnaître l'existence d'un domicile, lorsqu'il n'y aura pas évidence au contraire; et pour cela on fera bien, toutes les fois que ce sera possible, de considérer le domicile ancien comme conservé par celui qui n'en aurait pas acquis un nouveau. Mais, si l'élément essentiel est le principal établissement, il restera toujours vrai que celui qui n'a pas de principal établissement n'a pas de domicile, car le fait prévaudra nécessairement sur toutes les suppositions.

Pour éviter ce résultat, on dit qu'on a toujours un domicile à sa naissance, et qu'on le conserve tant qu'on n'en a pas acquis d'autre. Je soutiens, au contraire : 1° que le domicile d'origine lui-même peut manquer; 2° que le domicile pourrait être perdu sans qu'on en eût acquis d'autre.

Le domicile d'origine manquera nécessairement à l'enfant né de parents sans résidence fixe, qui depuis sa naissance lui auront fait partager leur vie vagabonde. Mais, quand à l'aide d'une fiction, non moins inique dans ses résultats que vaine dans son principe, on parviendrait à lui en créer un, soit en recherchant l'origine de ses parents, si elle était saisissable, soit en s'attachant au lieu de sa naissance, où a-t-on vu que ce domicile devrait lui être conservé par cela seul qu'il n'en aurait pas acquis d'autre?

Le domicile d'origine, ou le domicile une fois acquis, peut bien, je m'empresse de le proclamer, se conserver plus facilement qu'il ne s'acquiert, et subsister, malgré la cessation de résidence, par la seule force de l'intention probable de retour. Mais quand les circonstances ne permettront pas de supposer cette intention, comment peut-on, contre l'évidence, dire qu'une personne a son principal établissement dans un lieu où elle n'en a ni veut avoir aucun? Or, c'est là ce qu'il faudrait admettre pour reconnaître à cette personne un domicile en restant dans les termes de l'article 102.

L'absence de domicile est donc un fait possible ; ajoutons, et cela devrait trancher toute discussion, que c'est un fait supposé par la loi elle-même (v. C. proc., art. 59, 69-8° ; C. pén., art. 270). Ce fait, du reste, n'entravera pas la marche des affaires dans les rap

ports de la personne non domiciliée avec les autres membres de la société, car la résidence ou, s'il y en a plusieurs, l'une des résidences en tiendra lieu pour la détermination de la compétence (v. C. pén., art. 59), et la validité des significations (C. proc., art. 69-8°). J'en dirais autant en ce qui concerne les charges sociales, telles que l'impôt personnel, ou le service de la garde nationale. Seulement, pour les droits dont l'exercice ne pourrait avoir lieu qu'au domicile, la personne sans domicile devra s'en abstenir jusqu'à ce qu'elle en ait acquis un.

128 *bis*. V. Mon système aboutit à dire qu'entre une résidence certaine et un prétendu domicile dans une commune où la personne n'a plus d'établissement, il y a lieu de s'attacher exclusivement à la résidence, soit pour la compétence du tribunal, soit pour la validité des significations. Mais, si la personne n'a pas de résidence fixe, j'admets volontiers que, sous ce double rapport, il sera raisonnable de s'attacher à son ancien domicile, quoiqu'elle l'ait perdu. L'exploit alors serait affiché à la porte du tribunal, et une seconde copie serait donnée au procureur du roi (C. proc., art. 69-8°).

129. A partir de la naissance, et jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le domicile de la personne se trouve ordinairement déterminé, soit par le lieu même de la naissance, soit par le domicile de ceux sous l'autorité desquels le mineur se trouve placé (v. art. 108). Ce domicile doit naturellement, et s'il n'y a évidence au contraire, se conserver, tant qu'il n'en a pas été acquis un nouveau. Aussi, le législateur qui statue *de eo quod plerumque fit*, n'a-t-il réglé que le cas de *changement*. Ce changement ne résulte pas de la simple translation de résidence, si à ce fait exigé ne se joint l'intention de fixer à la nouvelle résidence le principal établissement. V. art. 103. Il résulte de là que l'ancien domicile se conserve par la seule intention, mais que le nouveau ne s'acquiert que par le fait et l'intention réunis.

130. La question d'intention est de sa nature difficile à décider. Pour prévenir les contestations qu'elle pourrait faire naître, la loi ouvre à chacun un moyen facile de prouver son intention en la déclarant. A cet égard, la déclaration consti-

tutive de la preuve légale se fait devant l'autorité municipale, tant à l'ancien qu'au nouveau domicile. V. art. 104. Mais à défaut de cette déclaration purement facultative, il faut nécessairement chercher la preuve dans les circonstances. V. art. 105 et les lois citées sur l'article 102.

130 *bis*. I. La déclaration qui ne serait faite qu'à l'une des deux municipalités n'atteindrait pas pleinement le but de la loi. Car, l'intention d'abdiquer l'ancien domicile et celle d'acquérir le nouveau étant, en général, subordonnées l'une à l'autre, l'expression de l'une peut n'indiquer qu'un projet tant qu'elle n'a pas été complétée par l'expression de l'autre. Ajoutons que le défaut de déclaration dans l'une des deux communes pourrait induire en erreur les tiers qui chercheraient dans celle-là leurs renseignements.

Du reste, l'intention pouvant se prouver, en l'absence même de toute déclaration, par les circonstances laissées à l'appréciation des juges, on comprend que la déclaration faite dans une seule commune ne sera pas dépourvue de toute force, et qu'elle pourra même être d'un grand poids pour faire reconnaître, soit le changement, soit l'abdication pure et simple du domicile.

130 *bis*. II. Parmi les circonstances propres à établir l'intention, on doit tenir grand compte du fait que la personne est soumise dans telle commune aux charges, ou qu'elle y jouit des avantages réservés aux habitants domiciliés (v. ci-dessus n° 127 *bis*. II.). Toutefois ce fait pouvant provenir d'une application abusive, il ne constituera pas une preuve irréfragable. Ainsi, le paiement de la contribution personnelle peut bien servir à la détermination du domicile, mais ne le détermine pas nécessairement (C. c., rej., 15 mars 1843 (1)). J'en dirais autant du service dans la garde nationale.

131. La loi, dans certains cas, détermine de plein droit le domicile, sans égard au fait actuel de la résidence, ni à l'intention directe de la personne.

Cela s'applique : 1° à l'égard des fonctionnaires publics obligés à résidence dans un certain lieu. On doit naturellement leur supposer l'intention d'être où leur devoir les appelle; et ce devoir, en tout cas, doit prévaloir sur le fait et sur l'intention contraires.

(1) J. P., tom. 120, pag. 35.

Toutefois, la loi admet avec raison une distinction entre les fonctions *temporaires* ou *révocables*, et les fonctions conférées *à vie*. Les premières, permettant toujours de supposer l'esprit de retour, n'emportent point translation de domicile sans manifestation d'intention. V. art. 106. Les autres, au contraire, emportent de plein droit cette translation, qui s'opère immédiatement par l'acceptation. V. art. 107; et remarquez que l'acceptation n'est en général censée faite que par la prestation du serment.

132. 2° Des motifs tout semblables déterminent le domicile de la femme mariée, qui n'en peut avoir d'autre que celui de son mari.

Les mêmes motifs, et plus encore le besoin de faire concorder le domicile avec le pouvoir d'exercer les droits de la personne, assignent pour domicile au mineur non émancipé, celui de ses père et mère ou tuteur, à l'interdit, celui de son tuteur. V. art. 108.

132 *bis*. I. La séparation de corps faisant cesser pour la femme l'obligation de résider avec le mari, et la séparation de biens, qui en est la suite nécessaire (art. 311), ôtant à celui-ci le pouvoir d'administrer pour elle, et de la représenter en quoi que ce soit, je ne vois plus aucune raison pour conserver à la femme le domicile du mari. Il est vrai que les termes de l'article 103 demeurent applicables, car le mariage n'est pas dissous; mais l'esprit de la loi réclame évidemment contre cette application, qui, en maintenant pour la femme autorisée à s'établir ailleurs une fiction de domicile, pourrait lui causer un grave préjudice. L'exception au surplus était admise sans difficulté dans l'ancien droit (1), dont l'autorité est surtout grave ici; car la matière de la séparation de corps, trop succinctement traitée par le Code, présente de nombreuses lacunes, qu'on ne peut combler sans y recourir.

132 *bis*. II. L'émancipation conférant au mineur le gouvernement de sa personne et l'administration de ses biens, il est clair que le domicile de l'émancipé se règle comme celui du majeur. Quant au mineur non émancipé il n'y a aucune difficulté, pendant le mariage

(1) V. Poth., *Contr. de mariage*, n° 522, *Introd. aux coutumes*, n° 10.

des père et mère, à déterminer son domicile par celui de ses parents non séparés, ou, en tout cas, par celui du père, à qui appartient, et la garde de l'enfant (art. 372, 373, 374), et l'administration de ses biens (art. 389). Il est tout simple également, après la dissolution du mariage, de se régler sur le domicile du survivant des père et mère, qui réunit ordinairement à son titre celui de tuteur (v. art. 390). Mais, dans le cas particulier où la tutelle, que la mère n'est jamais tenue d'accepter (art. 394), et dont le père lui-même pourrait être exempté ou écarté (v. art. 427-449), dans le cas, dis-je, où la tutelle se trouverait confiée à un autre que le survivant, c'est bien toujours chez le père ou la mère que l'enfant devrait résider (art. 374); mais, la direction des affaires et le pouvoir de représenter la personne appartenant au tuteur, je n'hésite pas à dire que le domicile du mineur serait chez le tuteur.

132 *bis*. III. La détermination du domicile du mineur par celui des père et mère paraît applicable aux enfants naturels reconnus (v. à ce sujet, art. 383). Cette application est simple, si l'enfant n'est reconnu que par l'un de ses parents, ou si l'un des deux est survivant. Que si tous deux ont reconnu et qu'ils vivent avec un domicile distinct, je ne vois pas de raison pour s'attacher ici de préférence au domicile du père; le choix me paraît donc devoir se déterminer d'après les circonstances, en ayant surtout égard au fait d'habitation réelle. Dans tous les cas, au reste, si l'enfant à un tuteur, c'est au domicile du tuteur qu'il faudra s'attacher.

Quant à l'enfant naturel dont les père et mère ne sont pas légalement connus, je ne puis admettre pour lui de domicile de droit qu'autant qu'il a un tuteur, ou qu'il est placé dans un hospice, auquel cas la loi elle-même le constitue en tutelle (1). Autrement, il faudra purement et simplement s'attacher au fait de son principal établissement.

132 *bis*. IV. Quoique la règle qui place chez le tuteur le domicile du mineur non émancipé entraîne pour le tuteur le pouvoir de changer, pendant la durée de ses fonctions, le domicile du mineur en changeant le sien, il n'en faut pourtant pas conclure qu'il puisse, par cette translation, rompre les relations légales qui s'établissent, à l'ouverture de la tutelle, avec le lieu du domicile qu'avait alors le mi-

(1) V. Loi 15 pluv. an XIII (IV, B. 31, n° 526); v. aussi Décret 19 janv. 1811, art. 15 (IV, B. 346, n° 6478).

neur, et modifier ainsi l'application des règles relatives à la composition et à la convocation du conseil de famille. On tient, au contraire, que le domicile de tutelle, constitué une fois pour toutes, ne change pas avec celui du tuteur. En établissant au siége de la matière la base de cette doctrine, nous rechercherons le moment précis où doit se déterminer ce domicile de tutelle, et nous verrons si le principe invoqué doit s'appliquer sans distinction et indépendamment de la qualité du tuteur (v. liv. I, tit. X, chap. I, sect. IV).

132 *bis*. V. En attribuant à l'interdit le domicile de son tuteur, la loi, par là même, l'attribue à la femme de l'interdit, puisqu'elle n'a pas, en principe, d'autre domicile que celui de son mari. Il est clair, du reste, que c'est à elle qu'appartiendrait le choix de ce domicile, si elle était elle-même tutrice (v. à ce sujet, art. 507). Quant au cas d'interdiction de la femme, il n'offre point, en général, de difficulté, puisque le mari est de droit tuteur, ce qui amène le concours des deux règles pour la détermination du domicile de l'interdite. Mais, si, comme je le crois possible, le mari tuteur légitime était excusé, incapable, ou exclus, et que la femme eût un autre tuteur, j'appliquerais le même principe qu'au cas du mineur, ayant, du vivant de son père ou de sa mère, un tuteur étranger; et c'est toujours chez le tuteur que je placerais, non pas la résidence, mais le domicile de l'interdite.

Pareillement, si les deux époux étaient interdits et n'avaient pas le même tuteur, je leur reconnaîtrais à chacun un domicile différent chez leur tuteur respectif.

132 *bis*. VI. Appliquez d'ailleurs au cas d'interdiction ce que j'ai dit plus haut du domicile de tutelle constitué une fois pour toutes, indépendamment des changements qui peuvent survenir dans le domicile du tuteur et, par suite, dans le domicile de l'interdit. Sauf à s'éloigner de ce principe quand ce sera un mari qui sera le tuteur de sa femme.

133. Il est un autre cas où la loi, s'attachant au fait de la résidence, présume l'intention d'après certaines circonstances qui accompagnent cette résidence; cela s'applique aux serviteurs et ouvriers qui demeurent dans la même maison que leur maître, pourvu toutefois qu'ils soient majeurs, ajoutons,

ou mineurs émancipés; et pourvu, ajoutons-nous encore, que ce ne soient point des femmes mariées. V. art. 109.

134. La question de savoir où s'est ouverte une succession offre une importance du même genre que la question de domicile (v. art. 770, 784, 793, 812, 822; C. pr., 59-al. 6). La loi, d'accord avec les anciens principes, détermine par le domicile du défunt le lieu de l'ouverture de la succession. V. art. 110.

135. L'obligation d'assigner chacun à son domicile, et devant le tribunal de ce lieu, n'est introduite que dans l'intérêt particulier; or, chacun est maître de renoncer à ses droits; de là la faculté d'élire pour certains actes un domicile différent du domicile réel. L'effet de cette élection, entièrement spécial pour l'acte qui y donne lieu, consiste uniquement à permettre de faire là les diverses significations requises, et à conférer au tribunal du lieu une compétence facultative. V. art. 111; C. pr., art. 59.

La loi même, pour éviter des frais et des longueurs, impose dans beaucoup de cas la nécessité de faire cette élection (voyez, entre autres, art. 176, 2148).

135 *bis*. I. L'élection de domicile n'est, en général, censée faite que dans l'intérêt des personnes qui auront des significations à faire ou des demandes à former, pour les dispenser de faire ces significations au domicile réel, et de porter leur demande devant le tribunal de ce domicile. C'est là, dès lors, pour ces personnes une pure faculté, dont il leur est loisible de ne pas user (v. C. proc., art. 59, al. dern.). Mais si, en fait, l'élection avait lieu dans l'intérêt de l'élisant lui-même, et que la convention, à cet égard, fût bien établie, cette convention légalement formée devrait certainement faire loi. Si bien, que la compétence du tribunal même du domicile réel pourrait être déclinée, et que les significations faites au domicile réel, sans être jamais, je crois, exposées à annulation pour cette cause, pourraient au moins être, suivant les cas, déclarées frustratoires, et demeurer aux frais de celui qui les aurait faites. (v. sur ce dernier point, C. c., rej., 2 fév. 1826 (1)).

(1) J. P., tom. 75, pag. 214.

135 *bis*. II. L'élection de domicile suppose un mandat donné à la personne chez laquelle le domicile est élu ; mais n'en concluez pas que les causes qui font cesser le mandat, *puta* la mort, soit du mandant, soit du mandataire, ou la révocation du mandat, fassent tomber l'élection de domicile. Cette élection me paraît constituer, de la part de l'élisant, obligation d'avoir au lieu indiqué un domicile spécial, pour le but proposé par la loi ou la convention qui prescrit l'élection. Si, par suite de mort, de déménagement ou autrement, il ne se trouve personne, au lieu indiqué, qui puisse recevoir les significations, l'élection de domicile ne déterminera pas moins la compétence du tribunal, et les significations devront être faites comme au cas où il n'y a pas de domicile connu (v. C. proc., art. 69-8e). Sauf, dans tous les cas, pour l'élisant, la faculté de notifier une nouvelle élection, dans les mêmes conditions que la première (v. art. 2152).

TITRE QUATRIÈME.

DES ABSENTS.

136. C'est en général à son domicile que tout citoyen doit se trouver, si rien ne l'appelle ou ne le retient ailleurs. Lors donc qu'une personne a cessé de paraître à son domicile, et qu'on n'a point de ses nouvelles, il est naturel de concevoir des doutes sur son existence. Cette incertitude donne lieu à l'application des mesures prescrites au titre des absents.

Ce simple énoncé suffit pour ne pas confondre les absents dont il est ici question, avec les non-présents que l'on désigne aussi quelquefois sous le nom d'*absents*.

136 *bis*. I. La loi n'a point en général à s'occuper des simples non-présents, car le seul fait d'éloignement passager de leur domicile n'empêche pas qu'ils ne puissent recevoir les informations nécessaires et pourvoir ensuite par eux-mêmes à leurs intérêts. Toutefois, dans quelques cas particuliers, la simple non-présence sur les lieux où une personne a quelque droit à exercer est l'objet d'une protection spéciale, *puta* en cas d'ouverture d'une succession à son

profit, quant à l'apposition des scellés et à l'inventaire (v. art. 819, et à ce sujet C. pr., art. 909-3°, 911-2°, 928, 931, 942, 943).

Il est de plus à remarquer que quelquefois, et notamment dans plusieurs des articles cités, la loi emploie le mot *absent* pour désigner le non-présent.

136 *bis*. II. Indépendamment des applications ci-dessus, qui sont faites par la loi elle-même, je crois que, si, en fait, la non-présence sur les lieux mettait, dans quelques cas particuliers, un propriétaire dans l'impossibilité de pourvoir en temps utile à ses intérêts, le pouvoir attribué aux tribunaux par l'article 112 pour le cas de présomption d'absence pourrait être invoqué par analogie, mais seulement en ce qui concerne les mesures de grande urgence.

137. La matière de l'absence n'avait été complétement règlementée par aucune loi antérieure au Code civil. Les coutumes contenaient bien quelques dispositions relatives à l'envoi en possession des héritiers présomptifs après un certain temps. Mais il y avait loin de là à l'établissement d'un système général sur l'absence et ses effets. Aussi la jurisprudence demeura-t-elle longtemps incertaine, sans autre règle qu'un prétendu principe consistant à supposer l'absent vivant jusqu'à l'âge de cent ans. De ce prétendu principe on tira longtemps les plus étranges conséquences. Peu à peu cependant, la raison se fit jour, des distinctions s'introduisirent, et le dernier état de la doctrine et de la jurisprudence constituait un système cohérent et régulier, que le législateur a pu et dû prendre pour base, mais qu'il lui appartenait de compléter et de perfectionner (1).

138. Les mesures auxquelles l'absence peut donner lieu doivent varier, suivant que sa prolongation rend plus ou moins probable la vie ou la mort de l'absent. On distingue à cet égard trois époques : celle de la présomption d'absence ; celle de la déclaration d'absence, qui commence l'absence proprement dite, et qui peut donner lieu à l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès ; enfin celle de l'envoi en possession définitif. On peut dire avec quelque raison, que

(1) V. au surplus *Encyclop. du dr.*, v° *Absence*, § 1.

pendant la première le législateur suppose plutôt la vie de l'absent; que dans la seconde la supposition de la mort commence à prévaloir, mais non indistinctement, puisque dans un cas particulier on s'attache à la supposition contraire; enfin, que dans la troisième la supposition de la mort équivaut presque à une certitude. Mais il faut bien se garder de voir une véritable présomption légale dans la supposition à laquelle le législateur paraît s'être attaché pour adopter telle ou telle mesure. Il faut toujours distinguer avec grand soin les effets qu'il s'agit de faire produire à l'absence, soit relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition, soit relativement aux droits qui pourraient s'ouvrir à son profit, soit enfin relativement à son mariage; et, si l'on considère tous ces effets en masse, il sera vrai de dire qu'il n'est aucune des trois époques dans laquelle l'absent soit, à tous égards, réputé mort ni réputé vivant.

Observons, au surplus, que l'incertitude de l'existence ne commence pas, il est vrai, au moment même de la disparition ou des dernières nouvelles; et cependant, lorsque la prolongation de l'absence a produit cette incertitude, elle la fait nécessairement remonter au dernier signe de vie donné par l'absent.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

139. Cette première période commence avec l'incertitude de l'existence, et se termine par le jugement qui déclare l'absence. On sent assez que les circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi le départ, peuvent seules déterminer le délai, plus ou moins long, après lequel le non-présent devient présumé absent. C'est aux tribunaux à apprécier ces circonstances.

140. La loi pose la règle générale pour l'administration des

biens du présumé absent (art. 112); elle pourvoit spécialement à la manière de le représenter dans certaines opérations, principalement relatives aux successions ouvertes à son profit (art. 113). Un chapitre exprès est consacré à la surveillance de ses enfants mineurs (v. ci-après chapitre IV). Enfin le ministère public, protecteur né de ceux qui ne peuvent se défendre eux-mêmes, est particulièrement chargé de veiller aux intérêts des présumés absents (art. 114).

141. C'est aux tribunaux et, ce qui du reste va sans dire, à la juridiction ordinaire de première instance que la loi s'en remet du soin de pourvoir, sur la demande des parties intéressées, à l'administration totale ou partielle des biens, pendant la première période de l'absence. Elle leur laisse, à cet égard, toute latitude, pourvu qu'il y ait nécessité, ce qui suppose qu'il n'y a point de procureur fondé, et bien entendu surtout, pourvu qu'il y ait vraiment présomption d'absence. V. art. 112; C. pr., 859.

141 *bis*. I. Sous le nom de parties intéressées ayant qualité pour requérir les mesures nécessaires, il faut évidemment comprendre toute personne ayant intérêt pécuniaire à ce que les biens soient conservés. De ce nombre sont certainement les créanciers dont ces biens sont le gage (art. 2092), et même les créanciers conditionnels, qui ont toujours le droit de faire des actes conservatoires (art. 1180).

L'intérêt éventuel pouvant donc suffire, je ne vois pas qu'on soit fondé à refuser qualité aux héritiers présomptifs, non plus qu'à toute autre personne ayant des droits subordonnés au décès de l'absent. Vainement dirait-on que les droits que le décès seul doit ouvrir n'ont pas de base du vivant de la personne, s'ils ne sont fondés sur quelque acte antérieur, tel qu'une substitution; et qu'ils n'ont pas, dès lors, le caractère de droits conditionnels. Je dis, au contraire, que l'absence sans nouvelles constitue précisément la base que l'on cherche, puisqu'il suffira qu'elle se prolonge pour attribuer rétroactivement, à partir de la disparition ou des dernières nouvelles, l'exercice de tous les droits subordonnés au décès (v. art. 120 et 123).

141 *bis*. II. Le pouvoir du tribunal s'appliquant, d'après les ter-

mes de la loi, à l'administration totale comme à l'administration partielle, nul doute qu'il ne comprenne le droit de nommer, suivant l'ancien usage, un curateur, lorsque cette mesure sera jugée nécessaire. Ce curateur, une fois établi, serait le représentant légal du présumé absent, et c'est par lui ou contre lui que les actions devraient être intentées ou suivies. Mais s'il n'y a pas de curateur établi, et qu'il s'agisse de diriger des poursuites contre le présumé absent, il n'y aurait pas lieu à renouveler une pratique déjà proscrite comme abusive dans l'ancien droit, et qui consistait à faire créer exprès un curateur, pour diriger contre lui l'action, et obtenir à ce moyen un jugement contradictoire. Il suffit à la personne intéressée qui veut agir d'assigner le présumé absent à son dernier domicile, et d'obtenir contre lui, s'il y a lieu, un jugement par défaut (v. à ce sujet Ordonn. de 1667, tit. II, art. 8).

141 *bis*. III. La loi n'a pas dit à quel tribunal de première instance appartient le pouvoir de statuer; le doute, au reste, ne peut exister qu'entre le tribunal du domicile et celui de la situation des biens. Il avait été convenu au conseil d'État que la *prévention* d'absence (expression remplacée depuis par celle de *présomption*) devrait être déclarée par le tribunal du domicile, et que, d'après ce jugement, chaque tribunal devrait pourvoir à l'administration des biens situés dans son ressort (1). Mais, l'amendement adopté dans ce sens n'ayant point été, en définitive, converti en loi, je ne crois pas qu'on puisse, en s'attachant à cette idée, exiger un premier jugement déclaratif de la présomption d'absence, comme la loi en exige un pour déclarer, une fois pour toutes, l'absence proprement dite, et servir ensuite de base à l'application des mesures ultérieures.

Je crois, au contraire, qu'un même tribunal est appelé à statuer à la fois, par un seul et même jugement, et sur la question préalable de présomption d'absence, et sur l'adoption de la mesure d'administration commandée par la nécessité. L'adoption de cette mesure me paraît être, d'après l'économie de l'article 112, l'objet principal de la demande; la question d'état n'est qu'accessoire et ne doit être décidée que pour la cause. Quoi qu'il en soit, je crois que la compétence appartient, en principe, au tribunal du domicile, non-seulement parce qu'il peut mieux que tout autre vérifier le fait de présomption d'absence; mais aussi, et principalement, parce que, placé

(1) Séance du 4 frim. an x; Fenet, tom. 8, pag. 404.

près du siége des affaires, il est mieux à même de pourvoir, s'il y a lieu, par une mesure générale, à l'administration des biens. Ce point de vue embrasse l'administration même de chaque bien en particulier, car on sent combien il serait dangereux de laisser établir autant de régimes d'administration qu'il y a de biens situés dans des arrondissements divers. Rien du reste n'empêcherait le tribunal du domicile de s'en référer, par commission rogatoire, au tribunal local, pour quelque mesure particulière. Bien plus, je ne doute pas qu'en cas d'urgence le tribunal de la situation ne puisse être directement saisi. A cet égard, la difficulté pour ce tribunal de vérifier le fait de présomption d'absence n'est pas une objection qui doive arrêter si, comme je le pense, les mesures d'urgence peuvent être ordonnées pour le cas même de simple non-présence (v. ci-dessus nº 136 *bis*. II).

142. La latitude laissée en général aux tribunaux n'existe pas au cas particulier, où le présumé absent se trouverait intéressé dans quelqu'une des opérations qui suivent ordinairement l'ouverture d'une succession ou la dissolution d'une société (inventaire, compte, partage, liquidation). Il doit alors être représenté par un notaire, lequel est nommé par le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente. V. art. 113.

142 *bis*. I. L'article 113 suppose que le présumé absent est intéressé dans les opérations dont il s'agit, c'est-à-dire qu'il lui revient une part dans la masse à liquider et à partager. L'application est sans difficulté s'il s'agit d'une succession ouverte avant sa disparition. Mais, si la succession ne s'est ouverte que pendant la présomption d'absence, et si, dès lors, l'existence au moment de l'ouverture n'est pas reconnue, il est clair qu'il n'y aurait lieu à le représenter, aux termes de l'article 113, qu'autant qu'on n'invoquerait pas pour l'exclure les articles 135 et 136. Nous verrons, au reste, quels tempéraments pourrait recevoir l'application de ces articles, si c'était dans les premiers temps de la présomption d'absence que cette application fût demandée (v. ci-dessous, chap. III, sect. II).

142 *bis*. II. La règle de l'article 113 n'est qu'un mode spécial d'application de la regle générale portée en l'article précédent, elle suppose donc naturellement les mêmes conditions de nécessité, de présomption d'absence, et de défaut de procureur fondé. Ainsi, lorsqu'il existera un procureur fondé, ayant pouvoir suffisant, il n'y

aura pas lieu à pourvoir le présumé absent d'un autre représentant.

J'inclinerais même à penser que, s'il y avait un curateur établi par le tribunal, sa mission embrasserait également, dans sa généralité, les opérations mêmes dont il s'agit ici, et que l'article 113 ne serait pas alors applicable.

142 *bis*. III. Le ministère du notaire nommé aux termes de l'article 113 ne doit pas être confondu avec celui du notaire chargé d'assister à la levée des scellés et à l'inventaire, en remplacement des parties non présentes (v. C. proc., art. 928, 931-3°, 942). Un seul notaire est alors appelé pour tous les non-présents; il est nommé par le président, et sa mission se termine à l'inventaire. Au contraire, la représentation du présumé absent doit être spéciale, elle s'applique à des actes d'une plus grande importance, et c'est par le tribunal entier que la mission est alors conférée. Je pense, du reste, comme au cas de l'article 112, et en partie par les mêmes motifs, que la compétence appartient, en principe, au tribunal du domicile. Et toutefois, je ne regarde pas cette compétence comme entièrement exclusive de celle du tribunal de l'ouverture de la succession.

142 *bis*. IV. Le pouvoir de représenter le présumé absent dans le partage n'emporte pas nécessairement celui de demander ce partage en son nom. C'est ainsi que le tuteur, représentant légal du mineur dans tous les actes, ne peut cependant provoquer le partage sans autorisation du conseil de famille (art. 465). V. dans ce sens arrêt de la cour de Bruxelles, 8 avril 1813 (1). Toutefois je pense que la provocation même du partage au nom du présumé absent pourrait, suivant les circonstances, être reconnue nécessaire dans son intérêt, et que le tribunal, toujours chargé de pourvoir au cas de nécessité (v. art. 112), pourrait alors conférer spécialement cette mission au notaire.

143. La surveillance spéciale que la loi confie dans tous les cas au ministère public amène d'abord pour conséquence l'obligation de lui communiquer toutes les affaires qui intéressent le présumé absent. Mais ce principe doit avoir un effet plus étendu; il paraît ouvrir au ministère public, sinon le droit d'agir en général au nom de l'absent, au moins celui

(1) J. P., tom. 10, pag. 275

de requérir d'office toute mesure qu'il jugera convenable. V. art. 114; C. pr., 83-7°.

143 *bis*. I. La charge de veiller aux intérêts des présumés absents comprend évidemment celle de provoquer des mesures conservatoires. J'en conclus, sans hésitation, qu'au cas des articles 112 et 113 le tribunal pourrait être aussi bien saisi par la réquisition du ministère public que par une demande des parties intéressées. Mais c'est, je crois, aller trop loin que de reconnaître au ministère public le pouvoir général de plaider au nom de l'absent, car le devoir de surveillance n'emporte pas le pouvoir de représenter en justice. Dès lors, le texte manquant, il faut s'en tenir à la règle générale, qui borne, en matière civile, le rôle du ministère public à celui de partie jointe, rôle qui d'ailleurs lui est ici spécialement assigné tant par notre article 114 que par l'article 83-7° du Code de procédure, et qui est vraiment inconciliable avec celui qu'on voudrait lui attribuer (v. au surplus L. 16-24 août 1790, tit. VIII, art. 2 ; L. 20 avril 1810 (1), art. 46) (2).

143 *bis*. II. Toutefois, ce n'est pas indistinctement que je refuserais au ministère public le droit de représenter, en justice, le présumé absent. Je veux dire seulement, qu'il ne peut remplir en son nom dans les procès ordinaires le rôle de demandeur ou de défendeur. Mais, je crois que la charge de veiller à ses intérêts emporte, non-seulement, comme on l'a déjà dit, le pouvoir de requérir les mesures conservatoires, mais aussi celui de le défendre contre les conséquences que les parties intéressées voudraient tirer de sa disparition, soit pour pénétrer dans le secret de ses affaires et s'immiscer mal à propos dans l'administration de ses biens, soit pour le faire, avant le temps, déclarer absent. Ma pensée est, qu'il est contradicteur légitime au nom du présumé absent dans toutes les questions relatives à l'état d'absence. Et c'est bien ce que suppose la loi en le constituant contradicteur dans l'enquête préalable à la déclaration d'absence (art. 116 ; v. ci-dessous n° 146 *bis*. III).

143 *bis*. III. Le rôle protecteur du ministère public semble borné par les termes de l'article 114 et par ceux de l'article 83 du Code de procédure à la première période de l'absence. On a pensé qu'ensuite la constitution de défenseurs légaux rend superflu ce mode

(1) IV, B. 282, n° 5351.
(2) Voir pour plus amples développements *Encycl. du dr.*, v° *Absence*, n°s 48-50.

de protection spéciale. Mais, si, comme je le crois, c'est là l'unique motif qui a fait apposer cette limite, l'esprit de la loi commande de la dépasser lorsque le motif cesse. Or, c'est ce qui arrive toutes les fois que les intérêts de l'absent déclaré, se trouvant en opposition avec ceux de ses défenseurs légaux, ont besoin d'être protégés contre eux. C'est ainsi que le ministère public doit être entendu dans la demande à fin d'envoi en possession (C. proc., art. 860), qu'il est chargé de requérir l'ouverture du testament (art. 123), d'assister à l'inventaire ou de s'y faire représenter (art. 126, al. 1); enfin, lorsqu'un rapport d'expert constate l'état des immeubles de l'absent, le procureur du roi doit être présent à l'homologation (art. 126, al. dern.). Ces diverses applications, faites par la loi elle-même, suffisent, je crois, pour mettre mon principe en lumière, et pour autoriser à l'appliquer dans les cas mêmes où la loi ne se serait pas formellement expliquée.

CHAPITRE II.

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

144. L'absence, dans la seconde période, constitue un véritable état, dans lequel le système de protection accidentelle, et variable suivant l'occurrence, doit être remplacé par un système permanent de mesures générales, tant pour la protection de l'absent lui-même, s'il existe, qu'en vue surtout des intérêts subordonnés à son décès. Le législateur, par une heureuse innovation, a voulu que cet état fût préalablement constaté par un jugement spécial.

La déclaration d'absence, pouvant donner lieu à l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès de l'absent, et devant en outre produire l'effet de priver celui-ci d'une partie notable de ses revenus, ne doit pas être prononcée témérairement. De là les délais exigés avant qu'elle puisse être demandée (art. 115, 121 et 122); les enquêtes qui doivent être ordonnées (art. 116); la faculté accordée aux juges, même après l'expiration des délais, de rejeter la demande

(art. 117); enfin la publicité que la loi assure aux jugements rendus à ce sujet (art. 118), et l'intervalle qu'elle prescrit entre les deux jugements (art. 119).

145. La demande en déclaration d'absence doit être formée par les *parties intéressées:* elle ne peut l'être qu'après quatre ans d'absence sans nouvelles. V. art. 115. Ce délai même est porté à dix ans, pour le cas où l'absent, ayant laissé une procuration, semble, par ce seul fait, avoir prévu le cas d'une longue absence. V. art. 121. Cette considération ne perdant rien de sa force si la procuration vient à cesser, le délai n'est pas pour cela abrégé, mais on retombe alors dans les termes de l'article 112 et dans l'application générale des règles sur la présomption d'absence. V. art. 122.

145 *bis*. I. Il va sans dire que la demande en déclaration d'absence se porte au tribunal du domicile, puisqu'il ne s'agit que d'une question d'état. Quant à la forme à suivre, c'est évidemment la même qu'au cas de l'article 112 (v. C. pr., art. 859), quoique cette forme ne soit directement appliquée par l'article 860 qu'à la demande d'envoi en possession ; mais, à cet égard, je crois que les deux demandes, qui, bien que distinctes dans leur objet, seront souvent réunies dans un même acte, ont été confondues dans la pensée des rédacteurs du Code de procédure (1).

La qualité pour former la demande appartient également aux parties intéressées ; mais, l'intérêt n'existant ici que pour ceux à qui la déclaration d'absence doit profiter, on n'aperçoit d'abord dans cette catégorie que les personnes ayant des droits subordonnés au décès (v. art. 120, 123), et le conjoint présent (art. 124).

Toutefois, une loi spéciale, relative à la déclaration d'absence de certains militaires, comprend nommément les créanciers parmi ceux qui peuvent former la demande (v. L. 13, janv. 1817 (2), art. 11); et cela évidemment ne peut tenir à la spécialité de la matière. Est-ce donc une pure inadvertance? ou bien le mot créancier est-il pris là dans un sens impropre pour désigner même les légataires ou donataires de biens à venir ? ou bien enfin le législateur a-t-il réellement pensé que les créanciers peuvent avoir intérêt à l'établissement d'un

(1) V. ci-dessous n° 151 *bis*. I.
(2) VII, B. 131, n° 1530.

système général d'administration? N'est-ce pas, en effet, pour eux un moyen d'assurer mieux la conservation de leur gage, et d'arriver, plus promptement peut-être et plus économiquement, à être payés? C'est en définitive l'idée à laquelle je m'attacherais.

Quant au procureur du roi, il ne pourra jamais former cette demande; bien loin de là, c'est lui qui en est le légitime contradicteur (v. art. 116).

145 *bis*. II. Les parties intéressées doivent évidemment justifier de leur qualité. Cette justification est impossible pour les légataires, si le testament n'est pas ouvert; or, en principe, il ne doit l'être qu'après la déclaration d'absence, et lorsque les héritiers présomptifs ont déjà obtenu l'envoi en possession provisoire (v. art. 123). Quoi qu'il en soit, l'équité ne permettant pas que la mauvaise volonté des héritiers présomptifs puisse indéfiniment arrêter l'exercice du droit d'autrui, il faut nécessairement, tout en admettant comme règle générale l'observation de l'ordre indiqué par l'article 123, ne pas considérer cette règle comme absolue, et l'entendre seulement en ce sens, que l'action des légataires ou autres intéressés devra être précédée de la mise en demeure des héritiers présomptifs (v. sur ce point L. du 13 janvier 1817, art. 11, et ci-dessous n° 152 *bis*. I.) Je ne doute pas dès lors qu'au moyen de cette mise en demeure les prétendant-droit en vertu d'un testament non ouvert ne puissent, préalablement à la demande en déclaration d'absence, et comme moyen pour eux d'être admis à la former, obtenir par l'intermédiaire du procureur du roi l'ouverture du testament.

Du reste, si le testament n'était pas cacheté et que les légataires fussent en état de le produire, je ne vois pas qu'ils eussent besoin, pour être admis à demander la déclaration d'absence, de mettre en demeure les héritiers, comme ils en auraient besoin pour demander ensuite l'exercice provisoire de leur droit; car le droit de demander la déclaration d'absence appartient indistinctement à toute partie intéressée.

145 *bis*. III. Le délai de quatre ou de dix ans, avant lequel la demande n'est pas recevable, doit naturellement partir de l'époque à laquelle remonteront les effets de l'absence quand elle sera une fois déclarée.

Ainsi le point de départ doit être le dernier signe de vie. Il est

(1) VII, B. 131, n° 1530

clair dès lors que c'est au jour de la date et non à celui de la réception des nouvelles qu'il faut s'attacher. Cela, du reste, est sans inconvénient; car, si les motifs connus du long intervalle écoulé entre la date et la réception des nouvelles précédentes pouvait faire soupçonner que les mêmes motifs s'opposent à l'arrivée de nouvelles récentes actuellement en route, les juges, usant de la faculté qui leur est laissée par l'article 117, pourraient toujours différer, autant qu'ils l'estimeraient convenable, la déclaration d'absence.

146. Le tribunal, saisi de la demande, doit constater l'absence. A cet effet, les parties ont dû lui fournir les pièces et documents en leur pouvoir. *D'après ces pièces et documents*, le tribunal ordonne une *enquête;* l'enquête sera faite *contradictoirement avec le procureur du roi*, elle sera faite, non-seulement dans l'arrondissement du domicile, mais aussi dans celui de la résidence. V. art. 116.

146 *bis*. I. Des termes impératifs de la loi, il résulte évidemment que la déclaration d'absence ne pourrait être prononcée sans enquête préalable (v. d'ailleurs art. 119; v. aussi L. 13 janvier 1817, art. 4, où l'exception confirme la règle). Mais le tribunal pourrait certainement sans ce préalable rejeter la demande, s'il lui apparaissait, ou que les délais légaux ne sont pas écoulés, ou que le défaut de nouvelles, en le supposant prouvé, ne dût pas, eu égard aux circonstances que l'article 117 laisse à son appréciation, amener la déclaration d'absence. Ce serait, en effet, le cas de dire : *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

146 *bis*. II. Les motifs qui font exiger une double enquête, lorsque la résidence est distincte du domicile, devraient certainement en faire ordonner un plus grand nombre, si l'absent avait dans des arrondissements différents plusieurs résidences distinctes de son domicile.

146 *bis*. III. Le procureur du roi étant ici constitué par la loi contradicteur des demandeurs dans la procédure d'enquête, je crois que, sous tous les rapports, il joue le rôle de partie adverse, notamment, quant au droit d'être appelé à l'enquête (v. C. pr., art. 261), d'y reprocher les témoins (v. C. pr., art. 270), de requérir les interpellations à leur faire (v. C. pr., art. 273, 276), enfin de faire procéder, s'il y a lieu, à une contre-enquête (v. C. pr., art. 256).

Du reste, ce rôle de contradicteur assigné au ministère public dans la procédure d'enquête me paraît supposer qu'il est partie principale dans la procédure en déclaration d'absence; et j'en conclus qu'il pourrait interjeter appel des jugements tant interlocutoires que définitifs. Ce droit, du reste, est formellement proclamé dans la loi de 1817, art. 8, dont la disposition ne peut être considérée comme exceptionnelle qu'en ce qui concerne le délai et la forme de l'appel (v. au surplus ci-dessus, nº 143 *bis*. II).

147. Le défaut de nouvelles dans les délais ci-dessus fixés est une condition nécessaire pour qu'il y ait lieu à déclaration d'absence, mais il n'entraîne pas nécessairement cette déclaration. Les juges, à cet égard, doivent statuer d'après les circonstances, qui, en expliquant l'absence et le défaut de nouvelles, peuvent rendre le retour plus ou moins probable. V. art. 117.

148. Pour mettre autant que possible l'absent à même, soit de prévenir la déclaration d'absence, soit d'arrêter ou de faire cesser les mesures qui en seraient la suite, la loi veut qu'on rende publics tant le jugement *préparatoire* (disons mieux *interlocutoire*) qui ordonne l'enquête, que le jugement définitif qui déclare l'absence. La publication est faite par le ministre de la justice, auquel les jugements doivent être immédiatement envoyés par le procureur du roi. V. art. 118. C'est pour mieux assurer les effets de cette publication, quant au jugement interlocutoire, qu'on exige un an d'intervalle entre les deux jugements. V. art. 119.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE.

149. La loi considère dans trois sections différentes les effets de l'absence : 1° quant aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition; 2° quant aux droits éventuels qui peuvent lui compéter; 3° enfin relativement au mariage.

Quoique la première section soit entièrement relative aux effets de l'absence déclarée, ceux de la présomption d'absence se trouvant établis au chapitre Ier, nous croyons à propos de remarquer que l'intitulé du chapitre entier n'est point exclusif des effets de l'absence présumée. Nous examinerons donc en son lieu jusqu'à quel point les dispositions des sections II et III pourront recevoir leur application à la première période.

SECTION I.

Des effets de l'absence (déclarée), quant aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition.

§ I.

Envoi en possession provisoire et administration légale.

150. Tant qu'on devait espérer le prochain retour de l'absent, il était naturel de laisser agir son fondé de pouvoirs, et, à défaut de procuration, il suffisait de pourvoir aux actes de première nécessité; mais, quand l'absence se prolonge assez pour donner lieu à un jugement de déclaration, l'intérêt même de l'absent exige qu'il soit pris une mesure générale pour l'administration de ses biens, qui ne peut être mieux confiée qu'aux personnes les plus intéressées à leur conservation et à leur amélioration. De là l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs, qui entraîne à sa suite l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés au décès (art. 120 et 123), ou l'administration légale du conjoint, qui suspend cet exercice (art. 124).

Avant tout, au reste, il faut remarquer que la procuration laissée par l'absent doit bien retarder le jugement de déclaration (art. 121 et 122), mais que ce jugement une fois rendu ôte à la procuration toute sa force, et qu'elle ne peut conséquemment arrêter ni suspendre les mesures auxquelles il donne lieu (expliquez ainsi l'art. 120 par l'art. 121).

151. L'absence prolongée permettant de supposer la mort

à partir du dernier signe de vie donné par l'absent, la loi admet les parents qui seraient héritiers, si la succession s'était vraiment ouverte à cette époque (*les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles*), à posséder les biens qui, dans la même supposition, composeraient la succession (les biens *qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles*). Mais les héritiers présomptifs doivent se faire envoyer en possession par un nouveau jugement; cette possession n'est que provisoire, et n'est accordée qu'à la charge de donner caution. V. art. 120.

151 *bis*. I. L'envoi en possession doit évidemment être prononcé en justice (v. à ce sujet art. 724); et par le tribunal du domicile, car l'envoi en possession est une sorte d'ouverture anticipée de la succession, ce qui rend applicable l'article 110.

L'envoi en possession ne s'obtenant qu'en vertu du jugement qui déclare l'absence, il s'ensuit qu'il y a lieu à deux jugements distincts et successifs. Toutefois, si la demande en déclaration d'absence contenait des conclusions secondaires à fin d'envoi en possession, je trouverais très-régulier de statuer par deux dispositions distinctes du même jugement sur les deux chefs de conclusions (1). C'est probablement même ce qu'ont supposé les rédacteurs du Code de procédure quand, omettant la demande en déclaration d'absence, qu'ils confondaient dans leur pensée avec la demande à fin d'envoi en possession, ils se sont bornés à régler la forme de cette dernière (v. C. pr., art. 860). Il est évident, au surplus, que cette forme devrait être appliquée à la demande en déclaration d'absence, dans le cas même où elle serait formée isolément (v. ci-dessus, n° 145 *bis*. I).

151 *bis*. II. En appelant à l'envoi en possession les héritiers présomptifs au jour de la disparition, la loi exclut évidemment le parent au degré successible dont la conception serait postérieure au départ ou aux dernières nouvelles (v. art. 726-1°). Elle proclame au contraire le droit du parent lors existant, quand même il serait décédé avant qu'il y eût lieu à cet envoi; auquel cas il faut bien entendre que le droit serait exercé par ses héritiers ou ayant-cause, indépendamment de leurs rapports personnels de successibilité avec le défunt.

(1) V. C. c. Rej. 17 nov. 1808 (J. P., tom. 23, pag. 337).

L'exclusion du parent non existant au jour de la disparition est incontestable. Quant à l'admission du parent décédé, dans la personne de ses héritiers ou ayant-cause, il faudrait, pour la nier, prétendre que le droit à l'envoi en possession est personnel et non transmissible, et que la mort avant l'envoi obtenu le ferait défaillir. Mais cette idée n'a pas de base solide. Le droit à la possession provisoire des biens de l'absent, produit par une sorte d'ouverture anticipée de la succession, participe en cela même de la nature du droit de succession, qui, une fois acquis par le fait de survie, se transmet aux héritiers ou ayant-cause (v. à ce sujet art. 781). Peu importe que ce droit dépende ici d'un envoi en possession à obtenir ultérieurement, car ce n'est pas cet envoi qui confère le droit, ce n'est qu'une condition de son exercice. Et, puisque le droit est de sa nature transmissible, la condition nécessaire pour l'exercer peut aussi bien être remplie par les représentants de la personne que par la personne elle-même.

Le même raisonnement est au surplus applicable, en cas de mort prouvée, pour le droit de succession irrégulière, également subordonné pour son exercice à l'obtention d'un envoi en possession par justice; ce qui n'empêche pas qu'il ne soit transmissible avec sa condition, lorsque le successeur irrégulier qui a survécu au défunt meurt avant d'avoir obtenu l'envoi en possession (v. art. 723, 724).

151 *bis*. III. En reconnaissant transmissible, aux héritiers ou autres successeurs universels des héritiers présomptifs décédés avant la déclaration d'absence, le droit à l'envoi en possession provisoire, nous n'entendons pas en conclure que ce droit pourrait être, de la part des héritiers présomptifs, l'objet d'une cession spéciale, pendant la présomption d'absence. Là s'appliquerait la prohibition des pactes sur une succession non ouverte (art. 791, 1130, 1600); v. C. c., cass., 21 déc. 1841 (1).

Secùs, si la cession était postérieure à la déclaration d'absence; car la cession même des droits successifs est l'exercice d'un droit subordonné au décès, exercice autorisé par l'article 123.

Du reste, le droit étant cessible quand est venue l'époque de l'exercer, nul doute que les créanciers des héritiers présomptifs ne puissent s'en faire attribuer l'exercice, aux termes de l'article 1166.

151 *bis*. IV. La même idée qui fait appeler à la possession les

(1) J. P., tom. 117, pag. 309.

héritiers présomptifs au jour de la disparition devait nécessairement borner, et borne, en effet, cette possession aux biens qui appartenaient alors à l'absent; ce qui, bien entendu, n'exclut pas les accroissements intrinsèques que la fortune a pu recevoir, *puta* par la production de fruits ou les placements avantageux faits pendant la présomption d'absence; mais ce qui exclut, certainement et uniquement, la participation aux droits éventuels qui, depuis les dernières nouvelles, ont pu s'ouvrir au profit de l'absent, sous la condition de son existence. Ainsi, lors même que les articles 135 et 136 n'auraient point été invoqués, ou qu'on aurait refusé de les appliquer pendant la présomption d'absence, lors, en un mot, qu'on aurait laissé provisoirement l'absent recueillir en supposant bénévolement son existence, il est clair que les héritiers présomptifs ne pourraient aucunement s'attribuer la possession des biens ainsi recueillis, et que la dévolution devrait alors s'opérer aux termes des articles 135 et 136.

151 *bis*. V. L'envoi en possession s'appliquant à l'universalité des biens ne peut les embrasser que dettes déduites. Ainsi, les envoyés en possession sont nécessairement soumis à l'action des créanciers (v. au surplus, art. 134); mais il est évident que, simples administrateurs tant que la possession n'est que provisoire (art. 125), et pourvu qu'ils observent les formes et conditions prescrites (v. art. 124), ils ne sauraient être tenus sur leurs biens personnels. Je pense, au reste, comme je l'établirai plus bas, que l'envoi en possession, même définitif, ne s'appliquant qu'aux biens, n'emporte jamais continuation de la personne ni par conséquent, en principe, charge des dettes *ultra vires*.

151 *bis*. VI. L'envoi en possession ne s'obtient qu'à la charge de donner caution, et comme évidemment la possession avec ses effets légaux ne pourra commencer avant la présentation et la réception de la caution, il eût paru raisonnable de comprendre cette procédure dans celle d'envoi en possession, et de suspendre jusque-là le prononcé du jugement. Toutefois, il faut reconnaître que les termes de la loi indiquent plutôt une charge à accomplir en exécution du jugement qu'une condition à remplir avant son obtention. Et comme, d'ailleurs, la solvabilité de la caution ne peut s'estimer qu'eu égard à l'importance des biens, qui ne sera connue que par l'inventaire, *postérieur* au jugement d'envoi en possession (v. art. 126), on est

amené à conclure que c'est aussi après le jugement d'envoi en possession que la caution devra être présentée et reçue. Il va sans dire, du reste, que cette réception a lieu en justice, que la connaissance en appartient au tribunal qui a rendu le jugement, et que le procureur du roi sera entendu sur cette mesure d'exécution comme il a dû l'être sur la demande même d'envoi en possession (C. proc., art. 860). Sur l'une comme sur l'autre, au reste, je crois, en appliquant le principe établi ci-dessus sur l'article 114, que le ministère public doit être considéré comme partie principale ; par conséquent, que la réception de caution aurait lieu contradictoirement avec lui, et qu'il aura la faculté d'appeler (v. au surplus C. proc., art. 517-522, qui devront être appliqués suivant cette idée).

151 *bis*. VII. La caution à fournir par les envoyés en possession est une caution légale, à laquelle s'appliquent les art. 2040 et 2041.

Mais, si d'aucune manière la caution ne peut être fournie, il me paraît raisonnable d'appliquer par analogie ce que la loi prescrit en cas semblable pour l'usufruit (v. art. 602, 603).

152. Le même principe qui fait accorder l'envoi en possession provisoire aux héritiers présomptifs doit faire obtenir, sous la même condition, l'exercice provisoire de tous les autres droits subordonnés au décès. Le testament de l'absent doit en conséquence être ouvert ; il le sera, s'il est besoin, à la réquisition du procureur du roi. Toutefois, remarquons que la loi semble subordonner toutes ces conséquences au fait de l'obtention, par les héritiers présomptifs, de l'envoi en possession provisoire. V. art. 123.

152 *bis*. I. Le droit des héritiers présomptifs embrassant l'universalité des biens, dont l'exercice des autres droits tend à distraire une partie à leur préjudice, ils sont les contradicteurs naturels de toute prétention tendant à cette fin. Sous ce rapport, l'ordre établi par la loi est éminemment raisonnable. Et toutefois, comme il ne peut dépendre de la négligence ou de la mauvaise volonté des héritiers présomptifs de paralyser indéfiniment le droit d'autrui, il faut bien reconnaître aux autres intéressés le droit d'agir, malgré leur abstention. Tout se concilie si l'on conclut seulement des termes de la loi que l'action n'appartient aux autres intéressés qu'après la mise en demeure des héritiers présomptifs. Telle est, en effet, pour le cas

particulier qu'elle régit, la règle établie par la loi du 13 janv. 1817 (1) art. 11, dont la disposition doit évidemment être généralisée pour l'interprétation de notre article 123.

152 *bis*. II. L'intérêt de contradiction des héritiers présomptifs s'applique généralement à tous les droits subordonnés au décès dont l'exercice peut être réclamé. Cependant, je n'en conclurais pas qu'un légataire universel, s'il était dans le cas de la saisine de plein droit (v. art. 1006), et si son titre était connu, eût besoin de mettre en demeure les parents au degré successible. Je crois, en effet, qu'il devrait alors être considéré lui-même comme héritier présomptif, et agir directement aux termes de l'article 120.

Quant aux légataires tenus à demander la délivrance (v. art. 1004, 1011, 1014), non-seulement ils doivent observer l'ordre indiqué, mais je crois qu'il ne peuvent obtenir l'exercice provisoire de leur droit que sur une demande dirigée contre les personnes à qui s'adresserait, en cas de mort, la demande en délivrance; je crois, en conséquence, qu'après la mise en demeure de ces personnes, ils ne pourraient obtenir sur requête que la nomination d'un curateur, comme en cas de succession vacante, à l'effet de diriger ensuite leur demande contre ce curateur.

La même distinction devrait probablement être faite pour les donataires de biens à venir, qui ne paraissent guère différer des légataires que par l'irrévocabilité de leur institution. D'où je suis disposé à conclure que les articles 1004, 1006, 1011 et 1014 leur sont applicables (2), avec les conséquences que nous en tirons ici.

152 *bis*. III. Les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, dont l'exercice provisoire est autorisé, ne sont pas seulement ceux qui résultent d'un titre de transmission à cause de mort, tel qu'hérédité, legs ou donation de biens à venir; les termes et l'esprit de la loi comprennent également ceux que la mort de l'absent devrait ouvrir pour des tiers, comme conséquence de l'extinction ou résolution de son titre. Si donc l'absent était usufruitier, donataire avec clause de retour, ou grevé de substitution, le nu-propriétaire, le donateur, le substitué pourraient évidemment, en s'appuyant sur la formule générale de l'art. 123, réclamer l'exercice provisoire de leur droit. On ne concevrait pas d'ailleurs que cette

(1) VII, B. 131, 1530.
(2) Toutefois je me propose d'examiner ce point au siége de la matière.

prétention fût contestée par les héritiers ou autres successeurs présomptifs, qui, ne possédant que dans la supposition de la mort, ne peuvent se refuser à subir sur le patrimoine les retranchements que cette mort devait opérer.

152 *bis.* IV. Mais il y a plus de difficulté à l'égard de certains droits auxquels la mort de l'absent donnerait ouverture, non contre ses héritiers ou successeurs à cause de mort, mais contre des tiers possédant en vertu de titres entre vifs émanés de l'absent, sous la condition résolutoire de son décès.

En principe, en effet, la possession de ces tiers doit subsister tant que la mort, cause d'extinction de leur titre, n'est pas prouvée. Or, dira-t-on, la déclaration d'absence ne constitue pas une véritable présomption de mort; elle autorise, il est vrai, l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès, mais seulement *sur les biens de l'absent* (v. art. 123), et non, par conséquent sur ce qui a été distrait de son patrimoine par l'effet des aliénations opérées ou des charges réelles constituées avant sa disparition. La distinction, au reste, se justifierait pleinement en raison et en équité. Car, dans l'incertitude qui existe sur la vie de l'absent, s'il est juste de faire passer provisoirement à d'autres une possession qu'il ne retient pas lui-même, il ne le serait pas également de dépouiller, sans preuve d'extinction de leur titre, ceux qui s'appuient sur ce titre pour conserver ce qu'ils tiennent.

La conséquence de ce système serait la suspension de l'action en réduction des donations entre vifs (1) faites par l'absent à des étrangers (v. art. 920); le maintien provisoire des droits concédés par l'absent usufruitier (art. 595); le respect des aliénations ou constitutions de charges réelles consenties par l'absent grevé de substitution ou donataire avec clause de retour; enfin, la faculté pour l'époux présent, commun ou non en biens, de faire maintenir à son profit l'état de choses résultant des conventions matrimoniales, à défaut de preuve de la dissolution du mariage.

152 *bis.* V. Au reste, et quoique le même raisonnement semblât devoir protéger les tiers contre l'exercice des droits subordonnés au

(1) *Secùs* à l'égard des legs ou des donations de biens à venir, qui, ne pouvant s'exécuter que dans la supposition de mort consacrée par l'article 123, doivent nécessairement se renfermer dans la limite à laquelle les réduirait la mort prouvée. Par la même raison, les héritiers présomptifs envoyés en possession, s'ils étaient eux-mêmes donataires, même entre vifs, ne pourraient, sous prétexte que les biens donnés n'étaient plus *biens de l'absent*, échapper au rapport ni à la réduction.

décès jusqu'à la preuve positive de ce décès, et même, par conséquent, après l'envoi définitif, personne certainement n'oserait aller jusque-là. La mort, à cette époque, est devenue trop probable; et nous voyons, en effet, la loi elle-même refuser alors au conjoint commun en biens, le plus favorable de tous les tiers, la faculté de faire prévaloir sur la supposition de mort la force de la convention matrimoniale pour continuer la communauté (v. art. 129). Mais, alors même, on pourrait prétendre que la prolongation de l'absence ou l'âge avancé de l'absent entraîne bien la presque certitude de la mort, mais n'en détermine pas l'époque; et que, rien ne prouvant que l'absent soit, en effet, décédé avant l'expiration des trente ans, ou avant d'avoir atteint sa centième année, l'ouverture du droit de retour ou de la substitution reste incertaine, si le donateur ou l'appelé ne sont pas actuellement vivants. Ainsi, dans ce système, pour faire valoir contre les tiers après l'envoi définitif la substitution ou le droit de retour, on devrait exiger la preuve de la vie du donateur ou de l'appelé à cette époque.

152 *bis*. VI. Toute cette théorie de réserve du droit des tiers contre les effets de la mort supposée de l'absent est certainement très-soutenable; elle concorde dans toutes ses parties, elle se concilie parfaitement avec les termes de l'article 123; enfin, elle s'appuie sur le principe général qui, à défaut d'une présomption légale, laisse à la charge du demandeur le fardeau de la preuve. Toutefois, je doute fort que le législateur ait eu l'intention de l'établir, et plus encore qu'elle puisse jamais triompher dans la pratique.

Quant à l'intention du législateur, rien dans la discussion ne révèle la pensée d'une distinction entre les divers droits subordonnés au décès dont l'exercice provisoire est autorisé. La question de protection des tiers contre cet exercice n'a pas même apparu, et ce n'est point sur cette idée, tout applicable qu'elle eût été, qu'on s'est appuyé pour accorder au conjoint commun en biens le droit d'opter pour la continuation de la communauté; on ne s'est fondé que sur des considérations puisées dans l'intérêt de l'absent et surtout dans la faveur due au conjoint présent. Ajoutons, que la réserve formellement faite par l'article 124 en faveur du conjoint commun en biens semble limiter exclusivement à ce cas la suspension de l'exercice des droits subordonnés au décès. Il est vrai que cet exercice n'a été appliqué par les termes de la loi qu'aux *biens de l'absent*; mais

c'est évidemment par opposition aux droits éventuels que d'autres personnes pourraient exercer à l'exclusion de l'absent, exercice qui n'est pas soumis aux mêmes conditions (v. art. 135 et 136); ou, tout simplement, c'est parce que l'effet ordinaire de la mort n'opère, sauf les cas particuliers, que sur les biens de la personne morte. On s'est donc attaché à l'effet principal, mais non pas pour exclure les autres effets de la mort à certains égards présumée. Loin de là, le législateur croyait si bien avoir consacré l'application provisoire de toutes les conséquences de la mort, qu'il suppose plus loin, sans s'en être d'ailleurs formellement expliqué, que la déclaration d'absence donnera ouverture à la tutelle des enfants (v. art. 142). Il en doit être de même de toutes les autres conséquences que la loi n'a pas prévues.

Ce système, qui a du moins le mérite d'une grande simplicité, a par cela même bien plus de chances d'être admis dans la pratique. Il offre d'ailleurs l'avantage, en prenant pour base la supposition de mort, de régler généralement le provisoire de la manière la plus probablement conforme à la vérité; car, d'après toutes les conditions exigées pour la déclaration d'absence, il y a bien peu de chances de voir jamais reparaître la personne à laquelle cette déclaration a été appliquée.

Telles sont les considérations qui me déterminent, après une longue hésitation, à rejeter la distinction proposée dans l'intérêt des tiers, et à étendre l'application de l'article 123 généralement à tous les droits auxquels la mort de l'absent donnerait ouverture.

152 *bis*. VII. Il est clair que les divers droits dont l'article 123 autorise l'exercice sont, à ce point de vue, considérés provisoirement comme ouverts à partir de la disparition ou des dernières nouvelles.

Lors donc que les légataires ou donataires de biens à venir, dont le droit est sujet à caducité (art. 1039, 1089), seraient décédés depuis cette époque avant la déclaration d'absence, l'exercice provisoire appartiendrait de leur chef à leurs héritiers ou ayant-cause. Par la même raison, il semble que les fruits produits par les biens donnés ou légués, pendant la présomption d'absence, devraient leur être remis, à la charge, bien entendu, d'en faire emploi aux termes de l'article 126.

Si l'on admettait cette idée, on serait au moins forcé de faire exception à l'égard des légataires, qui, aux termes de l'article 1014,

n'ont point droit aux fruits avant la délivrance demandée ou consentie. Mais je crois plus exact de rejeter complétement le système, et de laisser dans la masse des biens de l'absent, pour les comprendre dans l'envoi en possession accordé aux héritiers présomptifs, tous les fruits perçus au nom du présumé absent, en appliquant ici, comme au cas de l'article 138, le principe d'acquisition par l'effet de la possession de bonne foi (v. art. 138, 549).

153. Il est un cas, pourtant, où l'exercice des droits subordonnés au décès sera suspendu, c'est celui où le conjoint *commun en biens*, invoquant la force de la convention matrimoniale et la faveur particulière de sa position, voudra faire continuer, dans la supposition encore possible de la vie, la communauté que la mort seule devait régulièrement dissoudre. Il a paru naturel alors de conserver ou d'attribuer l'administration à ce conjoint, qui, lui aussi, sera un administrateur intéressé, et qui à cet avantage joindra celui d'être administrateur unique : c'est là, du reste, une simple faculté ouverte par la loi au conjoint, qui, s'il ne veut pas en user, peut au contraire, en vertu du principe ci-dessus, demander la dissolution provisoire de la communauté, et, comme tout autre intéressé, exercer, à la charge de donner caution, ses droits subordonnés au décès de l'absent. V. art. 124-al. 1.

Nous examinerons dans un article à part les droits et les devoirs du conjoint commun en biens, soit qu'il opte pour la continuation ou pour la dissolution. Ces droits et ces devoirs ne peuvent être bien saisis si l'on ne prend, à l'avance, au moins une légère teinture des principes en matière de communauté. Pour le présent, il suffit de constater que la loi réserve à la femme qui opte pour la continuation de la communauté un droit de renoncer, qui ne peut appartenir au mari. V. art. 124-al. dernier.

153 *bis*. I. Dans le système protecteur des tiers que j'ai ci-dessus exposé (1), le droit, pour l'époux présent, d'invoquer la force de la convention matrimoniale afin de conserver, après la déclaration

(1) V. ci-dessus n° 152 *bis*. IV et V.

d'absence, les avantages attachés à son titre, ne se bornerait pas au conjoint commun en biens. Ainsi le mari, s'il y avait simple exclusion de communauté ou régime dotal, pourrait conserver l'administration et la jouissance : dans le premier cas, de tous les biens de la femme absente (v. art. 1530, 1531); dans le second, de tous les biens dotaux (v. art. 1549). Et cela, au reste, paraîtrait juste; car, puisque le lien du mariage subsiste pendant l'absence pour enchaîner la liberté du conjoint présent, pourquoi ne pas admettre également et indistinctement, en faveur de celui-ci, toutes les conséquences que le mariage devait produire jusqu'à la dissolution.

Ce système, s'il était admis, entraînerait, à l'égard des biens dont l'époux présent conserverait la jouissance, suspension de l'exercice des droits subordonnés au décès. Toutefois, et cela suffirait peut-être pour détruire l'argument *à contrario* tiré de l'article 124, le cas de communauté resterait toujours distinct de tous les autres en deux points :

1° Le régime de communauté est le seul qui puisse offrir indistinctement, à l'un comme à l'autre des époux, un intérêt à la continuation pendant l'absence de son conjoint. Cet intérêt, en effet, n'existerait ni pour l'un ni pour l'autre au cas de séparation de biens : il n'existerait que pour le mari présent au cas d'exclusion de communauté ou de régime dotal.

2° La loi, au cas de communauté, accorde à l'époux présent l'administration des *biens de l'absent,* sans distinguer s'ils tombent ou non dans la communauté, et lors même que, par l'effet d'une convention rare mais possible, il y aurait quelque bien dont l'administration et la jouissance n'appartiendraient pas à la communauté. Sous tout autre régime, au contraire, on ne pourrait jamais, dans le silence de la loi, confier à l'époux présent l'administration des biens autres que ceux dont la convention matrimoniale lui accordait la jouissance. La raison de cette différence, c'est que, la communauté devant comprendre tous les bénéfices que peut faire chaque époux, et par conséquent les profits que le conjoint présent pourra retirer de son administration, l'absent de retour ne sera pas entièrement frustré de ces profits, dont il aura sa part.

153 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, je pense en définitive que le cas de mariage en communauté est le seul qui donne lieu à la suspension des droits subordonnés au décès (v. ci-dessus 152 *bis*. VI). Mais, du

reste, les termes et l'esprit de la loi embrassant dans leur généralité tous les cas de communauté, soit légale, soit conventionnelle, je n'hésite pas à en faire l'application au cas même de société d'acquêts stipulée sous le régime dotal, car cette société est une véritable communauté (v. art. 1581).

ARTICLE I.

Droits et devoirs des envoyés en possession provisoire.

154. Les envoyés en possession provisoire ne sont pas propriétaires, mais seulement administrateurs comptables. C'est ce que la loi exprime en appliquant à leur possession le titre de *dépôt*. V. art. 125.

154 *bis*. I. Ce titre, au reste, n'est pas d'une parfaite exactitude, puisque la possession comprend les immeubles comme les meubles (nonobstant art. 1918), et que les envoyés en possession participent à la jouissance (v. art. 127, nonobstant art. 1917, 1930, 1936). Quoi qu'il en soit, il est certain qu'à ce titre, ou au simple titre de comptables, ils peuvent être soumis à la contrainte par corps et privés du bénéfice de cession (C. civ., art. 1945; C. pr., art. 905).

154 *bis*. II. C'est envers l'absent lui-même, ou envers ceux à qui par événement ses biens se trouveront appartenir, que les envoyés en possession sont réduits au rôle d'administrateurs comptables, et que leurs pouvoirs sont limités en conséquence. Mais, comme en réalité ils sont peut-être propriétaires, et que leur possession, si l'incertitude continue, doit devenir définitive, c'est l'événement seul qui doit décider du sort des actes par eux consentis au delà de leurs pouvoirs. Auteurs de ces actes, ils doivent donc à toute époque les respecter, en ce qui les concerne, comme valant au moins transmission de leur titre avec les avantages qui y sont attachés. Tout ce qu'ils peuvent faire, et tel est même leur devoir, c'est de faire réserver et assurer les droits du véritable maître, soit en ne disposant qu'avec cette réserve, soit, lorsqu'ils l'auraient omise dans la disposition, en la faisant volontairement souscrire par leurs ayant-cause, ou en la faisant proclamer contre eux en justice. Par ce moyen l'absent ou les ayant-droit quelconques seront mis à l'abri de la prescription, qui, autrement, courrait en faveur des ayant-cause à titre particulier des envoyés en possession, car l'absence, ou l'im-

possibilité d'agir dans laquelle se trouve la personne qui ignore son droit, n'est pas mise par la loi au nombre des causes de suspension.

155. C'est en vue des restitutions dont ils peuvent être tenus que les envoyés en possession, et généralement tous ceux qui exercent des droits subordonnés au décès, donnent caution (v. art. 120, 123, 124). En outre, la loi prescrit ici les mesures et précautions usitées en cas semblable, tant pour constater la nature et la quotité des biens, que pour prévenir les détournements ou détériorations.

A cet effet, 1° le mobilier et les titres doivent être inventoriés. L'exactitude de l'inventaire est garantie par la présence du procureur du roi ou d'un juge de paix requis par lui.

2° Il est procédé, mais seulement tout et autant que le tribunal l'estime convenable, à la vente du mobilier, qu'il importe en général de convertir en argent, pour prévenir le dépérissement et grossir les revenus.

3° Le prix de vente, s'il y a lieu, et dans tous les cas les fruits échus jusqu'alors, doivent être employés.

4° Quant aux immeubles, c'est leur état seulement qu'il importe de constater; et cela pour la sûreté de ceux qui en prennent l'administration, car autrement ils seraient censés les avoir trouvés en bon état. A cet effet, la loi permet de les faire visiter par un expert. L'expert est nommé par le tribunal; son rapport est sujet à homologation; l'homologation a lieu en présence du procureur du roi. Du reste, quoique l'opération n'ait pas lieu vraiment pour l'intérêt de l'absent, les frais qu'elle entraîne n'en sont pas moins une dépense légitime d'administration, qui doit conséquemment être prise sur les biens de l'absent. V. art. 126.

155 *bis*. I. La disposition relative à la vente du mobilier ne peut s'appliquer qu'aux meubles corporels, les seuls qui soient, en général, improductifs et sujets à dépérissement. On ne vend d'ailleurs que pour placer le prix; or, l'existence même du mobilier incorporel constitue un placement tout fait. L'esprit évident de la loi suffit donc

ici pour écarter l'application de l'article 535, dont la définition générale ne saurait être considérée comme absolue.

155 *bis*. II. La vente du mobilier n'est pas ici de droit, comme au cas de minorité (v. art. 452); le tribunal l'ordonne, s'il y a lieu, en tout ou en partie (apparemment à la requête des envoyés en possession ou sur la réquisition du ministère public).

Le délai et la forme de la vente ne sont pas déterminés; il semble raisonnable de suivre en général la même règle qu'en cas de minorité (v. art. 452); mais cela même paraît laissé à la prudence du tribunal. Les meubles dont la vente n'aura pas été ordonnée resteront à la garde et, nécessairement, à l'usage des envoyés en possession, qu'il est bien difficile de considérer comme simples dépositaires, puisque la jouissance leur appartient toujours, soit en totalité, soit au moins pour la plus grande partie (art. 127). Et, toutefois, le principe de leur droit à cet usage n'étant que dans leur droit à la jouissance, il sera juste, quand ils devront rendre une portion des fruits, de les soumettre, dans la même proportion, à indemnité pour l'usage. Voici à cet égard ma pensée : d'abord je crois que les meubles non vendus doivent être estimés, et que les envoyés en possession devront l'estimation de ceux qu'ils ne représenteront pas en nature (arg. de l'art. 453; v. d'ailleurs C. pr., art. 943-3°); cela posé, l'usage en nature représentant l'intérêt du prix de l'estimation, je crois, soit qu'ils restituent les meubles en nature, soit qu'ils en payent l'estimation, qu'ils devront tenir compte de l'intérêt de cette estimation dans la proportion applicable aux fruits des autres biens (1), sans préjudice, bien entendu, de l'indemnité dont ils seraient tenus si les détériorations provenaient de leur dol ou de leur faute (v. art. 589).

155 *bis*. III. L'obligation d'emploi n'est proclamée que pour le prix du mobilier vendu et pour les fruits échus (*intellige* pendant la présomption d'absence). Il va sans dire pourtant qu'elle s'applique aux deniers comptants, de quelque cause qu'ils proviennent, et qu'elle devra également s'étendre, pendant le cours de l'administration, aux capitaux qui proviendront de remboursements. Quant au mode et au délai, la loi ne prescrivant rien, il s'ensuit que le choix du placement appartient en général aux envoyés en possession, sous leur

(1) *Secùs* s'ils s'étaient strictement renfermés dans le rôle de dépositaires. Toutes ces règles, au reste, me paraissent susceptibles d'une application plus ou moins rigoureuse, suivant la qualité des parties.

responsabilité personnelle et celle de leur caution. Cette responsabilité comprendra la négligence qu'ils auraient mise à l'opérer ; et cette négligence s'appréciera en fait, suivant les circonstances. Seulement, les règles tracées pour les cas analogues de tutelle et de substitution pourront servir de guide dans cette appréciation (v. à ce sujet art. 455, 456, 1065-1067). Il est clair, au reste, que la peine du retard doit consister dans la prestation des intérêts, sauf, bien entendu, l'application de l'article 127.

156. Le pouvoir d'administrer n'emporte pas en général le droit de jouir; mais dans le cas particulier, il a paru convenable d'encourager les ayant-droit, par un salaire, à s'imposer un fardeau qu'ils étaient maîtres de rejeter. Les envoyés en possession peuvent donc, suivant que l'absence s'est plus ou moins prolongée, s'approprier une part plus ou moins forte, ou même la totalité des revenus. A cet égard, la loi distingue si l'absent reparaît avant quinze ans *depuis la disparition*, après ces quinze ans, ou après trente ans d'*absence*. Au premier cas, on lui rend un cinquième; au second, un dixième seulement de ses revenus; au dernier cas, on ne lui en rend rien. V. art. 127.

156 *bis*. I. La dispense de rendre tout ou partie des fruits, et l'augmentation graduelle de cette faveur, eu égard à la plus ou moins longue durée de l'absence, s'expliquerait assez naturellement, pour ceux qui jouissent dans la supposition de la mort, par analogie du principe qui fait acquérir les fruits au possesseur de bonne foi (v. art. 549). En effet, si le titre même des envoyés en possession provisoire ne permet jamais de les confondre entièrement avec des possesseurs de bonne foi (v. art. 550), du moins est-il vrai de dire, que plus l'absence se prolonge, plus ils sont fondés à se croire propriétaires ; plus, par conséquent, ils se rapprochent de la condition des possesseurs de bonne foi. Mais on est forcé de rejeter cette idée quand on voit la même faveur accordée, avec le même accroissement progressif, à l'époux administrateur légal, quoique la prolongation de l'absence, loin de fortifier, affaiblisse au contraire tous les jours la supposition sur laquelle repose son droit. Dès lors la seule idée qui se présente est celle d'un salaire imposé à l'absent envers ceux à qui sa négligence laisse le fardeau de l'administration de ses biens ;

et l'on conçoit que le salaire augmente à mesure que la négligence se prolonge.

Au reste, l'établissement et la composition de ce salaire étant, comme on le voit, purement arbitraires, tout argument d'analogie nous manque pour déterminer le moment précis où doivent être acquis aux administrateurs les fruits qui le composent. Le plus sûr est donc de s'en tenir strictement aux termes de la loi, qui consacre seulement une dispense de rendre. J'en conclus que, sans distinction aucune entre les diverses natures de fruits, l'administrateur ne pourra jamais prétendre, en tout ou en partie, qu'à ceux qu'il aura effectivement perçus.

156 *bis*. II. La première période de quinze ans, pendant laquelle l'absent de retour a droit à recouvrer le cinquième des fruits, se comptant à partir de la disparition, il est à croire que c'est le même point de départ, et non celui du jugement de déclaration, que la loi a voulu prendre pour les trente ans d'*absence* après lesquels il n'est dû aucune restitution de fruits. De cette manière la période de trente ans se trouve divisée en deux espaces égaux de quinze ans chacun; ce qui semble assez naturel. Entendue autrement, la disposition qui accorde la totalité des fruits après trente ans serait presque sans objet, puisqu'elle ne deviendrait applicable qu'au moment où l'envoi en possession définitive peut être obtenu (art. 129).

156 *bis*. III. Quoique l'article 127 ne prévoie que le cas de retour de l'absent, il est également applicable au cas de mort prouvée lorsque, par événement, les envoyés en possession ne se trouveront pas être les véritables héritiers (v. art. 130). Il est clair, du reste, que, dans ce dernier cas, pour la détermination de la portion de fruits à retenir, eu égard à la durée de l'absence, il faudra s'attacher, non à la date du décès, mais à l'arrivée de la nouvelle du décès.

156 *bis*. IV. L'article 127 comprend, comme on l'a dit, dans ses termes le cas d'envoi provisoire et celui d'*administration légale*. Nous verrons à quelles difficultés son application, sous ce dernier rapport, peut donner lieu (v. *infrà* n° 163 *bis*. II-IV). Quant au cas d'envoi provisoire, il embrasse évidemment l'exercice provisoire de tout droit subordonné au décès. Ainsi toute personne, qui, par application de l'article 123, se sera fait mettre en possession d'un bien et se trouvera, par événement, obligée à restitution, aura droit à la retenue de fruits autorisée par notre article.

157. Le pouvoir d'administrer n'emporte pas celui d'aliéner ou d'hypothéquer. V. art. 128; voyez pourtant article 2126.

157 *bis*. I. Le pouvoir d'aliéner n'est formellement refusé aux envoyés en possession provisoire que pour les immeubles. Et peut-être faut-il en conclure qu'en principe ils peuvent aliéner, sous leur responsabilité et celle de leur caution, le mobilier corporel dont le tribunal n'aurait pas ordonné la vente, et le mobilier incorporel; à la charge de tenir compte, soit du prix d'estimation de l'un, soit de la valeur nominale de l'autre, le tout suivant la constatation de l'inventaire. A l'appui de cette idée, on peut dire que l'aliénation du mobilier rentre dans les attributs d'une libre administration (v. à ce sujet, art. 1449). Or, n'est-ce point une libre administration qu'il convient d'accorder à ceux qui, bien qu'éventuellement comptables, sont très-probablement propriétaires? Le pouvoir d'aliéner le mobilier est d'ailleurs en parfaite harmonie avec la faculté de libre emploi que nous avons reconnue aux envoyés en possession provisoire (v. ci-dessus n° 155 *bis*. III). Telles sont les raisons qui me déterminent en définitive à reconnaître ce pouvoir. Mon sentiment est conforme à celui de Merlin (1).

Il est clair, du reste, quand on n'admettrait pas ma proposition générale, que certaines ventes mobilières seraient toujours permises à titre d'acte d'administration, et que les aliénations quelconques de meubles corporels seraient presque toujours protégées, en faveur des acheteurs supposés de bonne foi, par le principe *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279).

157 *bis*. II. En refusant aux envoyés en possession provisoire le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer, la loi n'a pu entendre dire que pendant cette période l'aliénation ou l'hypothèque serait absolument interdite. L'article 2125 proclame, au contraire, formellement la faculté d'établir en vertu de jugement une hypothèque conventionnelle. Je pense seulement, par argument de l'article 457, que les juges ne devront accorder cette autorisation qu'en cas de nécessité absolue ou d'avantage évident. Mais je ne comprendrais pas que, pour l'une de ces deux causes, ils ne pussent pas également accor-

(1) Répert. v° *Absent*, tom. 16, art. 126. V. au contraire M. Duranton, n° 485; M. Demolombe, tom. 2, n°s 112 et 113.

der l'autorisation de mise en vente, dans les formes établies pour la vente des biens de mineurs (1).

A plus forte raison, faut-il dire que les jugements rendus contre l'absent représenté par les envoyés en possession (v. art. 134) emporteront hypothèque judiciaire (v. art. 2123); il n'y a non plus aucune raison pour refuser aux créanciers fondés en titre exécutoire le droit de poursuivre l'expropriation forcée. Cette poursuite, au reste, est de plein droit comprise dans celles que les termes généraux de l'article 134 autorisent à diriger contre les envoyés en possession.

157 *bis*. III. Quant aux aliénations consenties à l'amiable par les envoyés en possession provisoire, elles seraient nulles dans l'intérêt de l'absent ou des autres personnes à qui, par événement, les biens se trouveront appartenir; mais, à l'égard des envoyés en possession, elles vaudraient pour la translation des droits attachés à leur titre (v. ci-dessus n° 154 *bis*. II).

Par la même raison, l'hypothèque qu'ils auraient constituée sans jugement vaudrait contre eux; et son effet, subordonné à l'éventualité du droit des constituants (v. art. 2125), pourrait immédiatement être assuré, sauf cette éventualité, par l'inscription qui donne le rang.

157 *bis*. IV. Mais je crois que toute poursuite en expropriation forcée, de la part des créanciers personnels des envoyés en possession, serait nécessairement suspendue jusqu'à l'envoi définitif. Vainement les créanciers prétendraient-ils, qu'ils peuvent au moins saisir et vendre avec son éventualité le droit résultant pour leur débiteur de l'envoi en possession, droit que nous avons reconnu cessible, et par conséquent susceptible d'être exercé par les créanciers (v. ci-dessus n° 151 *bis*. III). Ce raisonnement ne serait pas concluant, car tous les droits que les créanciers peuvent exercer du chef de leur débiteur ne sont pas pour cela nécessairement susceptibles d'être saisis et mis en vente.

La loi, en effet, a limitativement énoncé les biens immobiliers qui peuvent être objet de l'expropriation forcée, et le droit des envoyés en possession n'est pas du nombre (v. art. 2204). On sent

(1) Je pense, au reste, pour l'hypothèque comme pour l'aliénation, que le jugement ne doit être rendu que sur les conclusions du ministère public, auquel je reconnaîtrais même le droit d'appel (v. ci-dessus n° 143 *bis*. III; v. aussi n° 151 *bis*. VI).

d'ailleurs le danger que présenterait la mise en vente d'un droit aussi incertain, car cette incertitude ne permettrait pas d'espérer un prix avantageux. C'est par ce motif, je crois, que la loi n'admet l'expropriation, ni d'une action immobilière, ni d'une part indivise de biens héréditaires (v. art. 2204, 2205).

Quant au mobilier, dont je crois l'aliénation permise (v. ci-dessus, n° 157 *bis*. I), il paraîtra peut-être rigoureux de refuser aux créanciers des envoyés en possession le droit de le saisir. Cependant, je ne leur reconnaîtrais pas ce droit. Je puis bien admettre, en effet, à défaut de disposition restrictive dans la loi, que le pouvoir d'aliéner sous leur responsabilité est compris dans la latitude de l'administration confiée aux envoyés en possession provisoire; mais ce n'est pas une raison pour qu'ils puissent, par l'effet d'une volonté étrangère, être privés de la faculté de conserver en nature et de se renfermer strictement dans leur rôle de simples dépositaires.

157 *bis*. V. Inaliénables, sous certain rapport, pendant la période d'envoi en possession provisoire, les biens de l'absent ne sont pas imprescriptibles; car l'absence n'est pas mise par la loi au nombre des causes qui suspendent le cours de la prescription (v. art. 2251). Ainsi, la prescription courra et pourra s'accomplir, sauf la responsabilité des envoyés en possession, mais sauf aussi, bien entendu, l'application des causes ordinaires de suspension. Du reste, l'incertitude qui règne sur la propriété des biens de l'absent ne permettant par de savoir contre qui court effectivement la prescription, il y a difficulté pour l'application des causes personnelles de suspension (v. art. 2252-2256). A cet égard, je pense que les envoyés en possession ne pourront, en ce qui les concerne, faire valoir que les causes de suspension qui leur sont personnelles; mais que l'absent, ou les personnes à qui, par événement, les biens se trouveront appartenir, pourront argumenter, et des causes de suspension qui leur sont personnelles, et de celles qui existaient dans la personne des envoyés en possession. Pour les premières, il ne peut y avoir doute raisonnable. Quant aux secondes, ma raison pour les appliquer, c'est que les envoyés en possession, étant responsables des prescriptions qu'ils laissent acquérir, ne se trouveraient pas protégés par leur incapacité, si cette incapacité n'empêchait pas de courir contre qui de droit une prescription dont l'effet doit, en définitive, retomber sur eux.

157 *bis*. VI. Quoique la prescription coure, en général, contre l'absent, il est certain cependant que ce ne peut être en faveur des envoyés en possession eux-mêmes, à l'égard des droits, de tout genre, qu'on supposerait compéter contre eux à l'absent. Administrateurs comptables, et responsables comme tels des prescriptions qu'ils laissent acquérir, on ne saurait les admettre à causer eux-mêmes à l'absent un préjudice dont ils doivent le garantir. Quant aux droits qu'on supposerait, à l'inverse, appartenir aux envoyés en possession contre l'absent, la question est plus délicate. Toutefois, et malgré la généralité de la règle proclamée par l'article 2251, j'ai peine à croire que la prescription coure; car les envoyés en possession, dans l'état d'incertitude où ils sont placés, ont une raison pour ne pas réclamer l'exercice d'un droit, peut être éteint par confusion; et leur position, sous ce rapport, me paraît présenter une grande analogie avec celle d'un héritier bénéficiaire, contre lequel la prescription ne court pas (v. art. 2258).

158. Au reste, les envoyés en possession représentent l'absent, quant aux biens dont ils ont l'administration, et la loi leur confère le pouvoir de défendre à toutes les actions qui y sont relatives. V. art. 134.

158 *bis*. I. Il peut paraître extraordinaire que la loi qui s'explique sur le pouvoir de défendre aux actions ne s'explique pas également sur le pouvoir de les intenter. Mais il faut dire que ce pouvoir est virtuellement compris dans l'envoi en possession des *biens*; car les *biens* renferment les droits et actions, et la possession des droits et actions consiste précisément dans leur exercice. Cela posé, nulle limitation n'étant apportée à cet exercice, je ne crois pas qu'on puisse argumenter, comme je l'ai fait moi-même autrefois (1), des dispositions qui refusent au tuteur le droit d'intenter, sans autorisation du conseil de famille, certaines actions (v. art. 464, 465) pour appliquer dans les mêmes cas aux envoyés en possession la nécessité d'une autorisation quelconque. La position des envoyés en possession, qui sont peut-être en réalité les seuls intéressés, ne saurait être confondue avec celle du tuteur. Du reste, la loi elle-même s'explique suffisamment sur ce point en ce qui concerne l'action en partage (v. art. 817). Or, il n'y aurait aucune bonne raison pour soumettre

(1) *Encyclopédie du droit*, v° *Absence*, n° 90.

l'exercice d'une action quelconque à une condition dont l'action en partage est affranchie.

158 *bis*. II. Parmi les actions dont l'exercice m'a paru appartenir aux envoyés en possession, je comprends toutes celles qui de leur nature peuvent se transmettre aux héritiers. Dans cette catégorie je ne craindrais pas de ranger même l'action en désaveu de paternité; j'en accorderais donc l'exercice aux envoyés en possession dans la limite tracée par l'article 317. Pour être conséquent, je dois dire que le jugement qui interviendra avec les envoyés en possession aura en principe force de chose jugée avec l'absent de retour, parce qu'il aura été légalement représenté dans l'instance. Mais s'il n'y a pas eu jugement, et que seulement les envoyés en possession aient encouru la déchéance par l'expiration des délais fixés par l'article 317, cette déchéance ne s'appliquera pas à l'absent de retour, qui pourra alors agir dans le délai fixé par l'article 316.

Observons, au reste, que je parle ici de l'action en désaveu, pour le cas, par conséquent, où le désaveu est nécessaire. Or, il ne l'est qu'à l'égard d'un enfant en faveur duquel existe la présomption de légitimité ; et cette présomption, selon moi, n'existe que pour l'enfant qui était conçu avant le départ ou les dernières nouvelles. Si la conception de l'enfant est postérieure, c'est par d'autres principes que doit être régie la contestation de légitimité, que les envoyés en possession pourront alors élever contre lui en leur nom personnel (v. ci-dessous ce que je dirai sur l'article 139).

158 *bis*. III. Du pouvoir de plaider, j'induirais celui d'acquiescer, qui m'en paraît la conséquence naturelle, à défaut de disposition contraire. Mais j'en dirais autrement du pouvoir de transiger, car celui-là repose plutôt sur le pouvoir d'aliéner, qui n'appartient point en général aux envoyés en possession (voy. art. 2045, 125, 128). Toutefois, j'aurais peine à croire que la transaction fût absolument interdite, quand elle est permise sous certaines conditions au tuteur et aux autres administrateurs revêtus de pouvoirs moindres que les envoyés en possession (v. art. 2045). Je pense donc que le tribunal ici pourrait, en grande connaissance de cause, et sur les conclusions du ministère public (1), autoriser la transaction. Pour cela, le tribunal ferait bien d'appliquer par analogie l'article 467, qui prescrit l'avis préalable de trois jurisconsultes.

(1) V. ci-dessus nº 143 *bis*. III.

158 *bis*. IV. Le pouvoir de compromettre, qui ne résulte pas même du pouvoir de transiger (v. art. 1989), doit évidemment être refusé à ceux qui ne peuvent transiger. Il n'appartient donc pas aux envoyés en possession. Cela posé, il faut reconnaître que le compromis est ici absolument impossible ; car on n'aperçoit pas de bonne raison pour le permettre avec autorisation ; et l'on manquerait pour cela de tout argument d'analogie.

158 *bis*. V. Résumant et complétant ici ma doctrine sur les pouvoirs des envoyés en possession provisoire, je crois qu'administrateurs comptables des biens de l'absent, comme le tuteur l'est des biens du mineur, ils peuvent en général faire, au nom de l'absent ou de qui de droit, tout ce que le tuteur fait valablement au nom du mineur. Je crois, de plus, que leur vocation éventuelle et probable à la possession définitive est une raison pour étendre souvent leurs pouvoirs au delà de ceux des tuteurs ou autres administrateurs. Toutefois, à moins de disposition spéciale ou d'argument puisé dans les dispositions spéciales qui les concernent, je crois que les limitations apportées par la loi aux pouvoirs des tuteurs doivent être appliquées en général aux pouvoirs des envoyés en possession, en substituant alors à l'autorisation du conseil de famille l'autorisation du tribunal. Je décide en conséquence qu'ils doivent, pour la durée et le renouvellement des baux, se conformer aux règles des articles 1429, 1430 (v. à ce sujet art. 595 et 1718) ; qu'ils ne peuvent, sans autorisation du tribunal, accepter ou répudier une succession échue à l'absent avant sa disparition (v. art. 461) ; enfin qu'ils ne pourraient accepter que sous bénéfice d'inventaire (v. art. 461, 776). Le tout sans préjudice de la validité, à leur égard, de tout acte qu'ils auraient fait au delà des pouvoirs que je leur reconnais (v. ci-dessus n° 154 *bis*. II).

ARTICLE II.

Droits et devoirs du conjoint commun en biens.

159. Les droits et devoirs du conjoint varient suivant l'option qu'il peut faire entre la continuation et la dissolution provisoire de la communauté. Nous devons entrer dans quelques détails à cet égard ; mais préalablement, il est nécessaire de prendre une idée de la communauté et des principes généraux qui la régissent.

La communauté est une société de biens entre époux; elle est légale ou conventionnelle.

La communauté légale se compose en général de tous les biens meubles des conjoints, des revenus des biens, même propres à chacun d'eux, et par suite, des acquisitions provenant, soit de l'industrie commune, soit des économies faites sur les fruits et revenus (v. art. 1401).

L'administration de la communauté appartient au mari, qui en est, en quelque sorte, considéré comme seul maître. pendant sa durée; il peut donc, sous quelques restrictions, l'engager, la dissiper, la perdre (v. art. 1421). Il a de plus l'administration simple des biens propres à sa femme, dont la communauté a la jouissance (v. art. 1428). La femme au contraire ne prend aucune part à l'administration, et ne peut engager la communauté sans la participation du mari (v. art. 1426, 1427).

La durée ordinaire de la communauté est la même que celle du mariage: elle ne doit donc en général finir qu'à la mort d'un des deux époux (v. art. 1441).

Après la dissolution, la femme ou ses représentants peuvent, à leur choix, l'accepter, et dans ce cas la partager avec le mari ou les représentants de celui-ci, ou bien y renoncer, en retirant seulement ses biens propres (v. art. 1453).

La communauté conventionnelle est soumise à toutes les règles de la communauté légale auxquelles il n'a pas été, implicitement ou explicitement, dérogé (v. art. 1497 et 1528).

La communauté peut s'allier même avec le régime dotal, en ce sens que l'on peut sous ce régime stipuler une société d'acquêts (v. art. 1581).

160. La déclaration d'absence autorisant, comme nous l'avons vu, l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent, il s'ensuit qu'il peut y avoir lieu à dissolution provisoire de la communauté, et aux conséquences de cette dissolution. La dissolution au surplus paraît devoir se reporter

au jour de la disparition ou des dernières nouvelles (arg. de l'art. 120).

160 *bis.* J'entends dire par là qu'il n'y aurait pas lieu de comprendre dans la masse partageable les successions ou donations mobilières échues à l'époux présent pendant la présomption d'absence. La prétention contraire des héritiers présomptifs de l'absent serait repoussée, soit par le principe qui borne leur droit aux biens que l'absent possédait au jour de la disparition, soit par application des articles 135 et 136, que l'époux présent peut invoquer pour contester le droit de la communauté à cette acquisition. Cela d'ailleurs est souverainement juste, puisque ces mêmes articles 135 et 136 font obstacle à toute acquisition du même genre du chef de l'absent.

Mais, sous tous autres rapports, la communauté, qui s'est continuée de fait, et peut-être de droit, pendant la présomption d'absence, doit produire ses conséquences légales, soit pour la confusion complète des fruits produits par les propres des deux époux, soit par conséquent pour l'attribution des acquêts à la masse commune, soit pour le maintien des pouvoirs du mari présent sans augmentation de sa responsabilité, et par conséquent pour le maintien de tous actes faits par lui dans les limites de ces pouvoirs.

161. Tout ce qu'on a dit des envoyés en possession provisoire s'applique naturellement au conjoint qui opte pour la dissolution de la communauté. Il exerce en conséquence *ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels*, mais *à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution* (art. 124). Nous observerons seulement que, d'après les principes précédemment exposés, le mari ne paraîtrait devoir être tenu à aucune restitution envers la femme, dans le cas où elle reviendrait. Et toutefois, ce n'est pas une raison pour ne pas appliquer au mari présent l'obligation de fournir caution, en vue des restitutions qui, par événement, pourront être dues, soit par le mari aux héritiers de la femme, soit par les héritiers du mari à la femme elle-même, dans le cas où la preuve acquise de la dissolution de la communauté à une époque déterminée amènerait la nécessité d'une liquidation nouvelle sur des bases différentes.

161 *bis*. I. Le mari ne devra pas de restitution en cas de retour de sa femme absente. Cette restitution, en effet, ne peut s'appliquer aux biens à lui propres qu'il aura prélevés lors de la liquidation provisoire, car leur condition, qui n'a pas changé par l'absence de la femme, ne changera pas par son retour.

Elle ne s'appliquera pas davantage aux biens de la communauté dont la possession lui aura été attribuée à titre de remploi, récompense, gain de survie ou droits de communauté; car, à cet égard, le retour de l'absente n'a d'autre effet que de rendre au mari, avec effet rétroactif, l'administration qui lui appartenait comme chef avec des pouvoirs plus étendus que ceux qu'il tenait de l'envoi en possession (art. 1421).

Enfin, elle n'est pas même, à proprement parler, applicable aux propres de la femme, dont le mari aurait, par hypothèse, obtenu la possession provisoire, à titre de donataire de biens à venir. Car le retour de la femme ne fait alors que lui confirmer, à titre de mari, l'administration qu'il avait obtenue à titre d'envoyé en possession. Or, la responsabilité des deux titres étant en général la même, on ne voit pas d'abord de raison suffisante pour assurer, par un cautionnement, le rétablissement de l'un à l'expiration de l'autre.

Toutefois, dans cette hypothèse de donation de propres, il existe, pour le mari envoyé en possession, un cas de responsabilité qui n'existe pas dans son administration comme mari. Ce cas est celui d'un procès au pétitoire, que l'envoi en possession donne qualité pour soutenir (art. 134). Pour ce cas donc, mais pour ce cas seulement, on concevrait qu'en vue du pouvoir exorbitant conféré par l'envoi en possession, une garantie particulière de son bon exercice fût exigée dans l'intérêt de l'absente elle-même.

161 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, comme le retour de l'absent, du vivant de son conjoint, n'est pas le seul cas qui puisse faire défaillir le titre de possession provisoire accordé à l'époux présent, et que la preuve acquise de la dissolution de la communauté par la mort de l'un ou de l'autre époux peut changer complétement les bases adoptées dans la liquidation et le partage provisoires, des restitutions peuvent s'ensuivre. Et, dès lors, il n'y a aucune difficulté à reconnaître applicable au mari comme à la femme, en vue de ce cas, l'obligation de donner caution.

161 *bis.* III. Dans les choses susceptibles de restitution de la part du mari aux héritiers de la femme, et de la part de la femme soit au mari de retour, soit aux héritiers de celui-ci, il faut comprendre même les fruits des biens qui, par événement, se trouveront ne pas appartenir au possesseur. Seulement, cette restitution ne s'appliquera qu'à la portion de fruits réglée par l'article 127, qui, à une certaine époque, c'est-à-dire après trente ans d'absence, dispenserait même de toute restitution.

En principe, les fruits que l'article 127 dispense de rendre sont évidemment par là même attribués en propre à celui qui les a perçus; toutefois, il est à remarquer que cette appropriation ne peut avoir lieu en faveur de l'époux présent, quand c'est le retour de son conjoint qui fait cesser l'absence. En effet, le rétablissement de la communauté, qui alors est prouvée n'avoir jamais cessé de droit, fera tomber dans cette communauté tout ce que l'époux présent aura pu économiser (1). Cela, sans doute, ne paraît pas très-équitable, puisque tout ou partie des fruits que la communauté aurait dû gagner du chef de l'absent sera retenu par les envoyés en possession provisoire, et que la communauté en sera frustrée. Mais, la loi n'ayant pas prévu le cas, on ne peut se soustraire à l'application des principes. Au reste, l'époux présent ayant pu se garantir de ce préjudice en optant pour la continuation de la communauté, il s'imputera de ne l'avoir pas fait.

162. L'époux, au lieu de demander la dissolution provisoire, peut, comme on l'a dit, opter pour la continuation de la communauté. Il prend alors ou conserve l'administration de cette communauté, administration qui, d'après les principes de la matière, comprend celle de tous les biens de l'absent (art. 124-al. 1). Nous pensons, au reste, que cette continuation n'est que provisoire, comme le serait la dissolution, et que la preuve acquise du décès de l'absent bornerait en général à l'époque de cette mort les effets légaux de la communauté, lors même que, dans l'ignorance de la mort, l'administration du conjoint se serait ultérieurement prolongée (arg. des art. 130 et 1441).

(1) Voir ce que je dis pour le cas d'administration légale où la même question se présente, ci-dessous, n° 163 *bis*. II.

162 *bis*. I. L'option du conjoint pour la continuation de la communauté suspend l'exercice de tous les droits subordonnés au décès (1) : on ne distingue pas, on ne devait pas distinguer, entre les droits qui émanent de la loi ou de la libéralité de l'absent, comme les droits de succession ou de legs, et ceux qui résultent d'une condition ou charge résolutoire imposée à sa propriété, *puta* le droit de retour ou de substitution. Contre l'exercice des uns ou des autres, le conjoint est fondé à opposer le droit résultant pour lui de la convention matrimoniale, droit qui doit continuer à subsister à son profit, s'il le réclame, tant qu'on ne lui prouve pas qu'il est éteint.

Du reste, il faut bien se garder de voir là une présomption de vie, qui autoriserait la communauté à recueillir, du chef de l'absent, les droits éventuels dont l'échéance est subordonnée à son existence lors de l'ouverture. La faculté accordée au conjoint repose uniquement sur ce que la mort n'est pas prouvée. Mais, pour échapper à l'application des articles 135 et 136, il faudrait la preuve de la vie.

162 *bis*. II. Ce n'est pas seulement des biens communs que le conjoint présent prend ou conserve l'administration, c'est aussi des biens propres de l'absent. J'en donne ici pour raison que l'administration de la communauté, tant qu'elle dure, comprend celle des propres de chaque époux. Cette raison suffit, en général ; toutefois, il faut remarquer que la règle comprendrait dans ses termes les cas mêmes ou la raison cesserait d'être applicable (v. ci-dessus n° 153 *bis*. I). Ainsi, lors même que la femme absente aurait des biens dont elle s'était réservé l'administration et la jouissance, le mari présent en prendrait l'administration. Il n'y a là, du reste, rien de plus extraordinaire qu'à confier à la femme présente, pendant l'absence du mari, l'administration des biens de la communauté.

162 *bis*. III. A s'en tenir aux termes de la loi, la continuation de la communauté, différant en cela de la dissolution provisoire, n'aurait pas besoin d'être demandée en justice. La simple option du conjoint, un pur acte de sa volonté, produirait l'effet important d'empêcher l'exercice des droits subordonnés au décès, et de constituer le régime d'administration légale. A cet égard, la loi n'indique pas même si et comment cette volonté doit être manifestée. Toute-

(1) Je ne parle ici que des droits relatifs aux biens ; mais ma pensée est que tout effet légal subordonné au décès est également suspendu, *puta* l'ouverture de la tutelle des enfants communs (v. ci-dessous, chap. IV).

fois, je concevrais difficilement qu'un nouveau régime pût ainsi s'établir, et mettre obstacle à l'établissement d'un autre, sans un acte formel, et je trouverais bien que, dans tous les cas, l'époux se fît donner acte en justice de son option, et conclût à être autorisé à *prendre*, en conséquence, ou à *conserver* l'administration.

Cette forme même me paraît nécessaire quand c'est la femme qui prétend à l'administration légale. Car l'incapacité dont elle est frappée, comme femme mariée, rend nécessaire l'autorisation de justice pour l'habiliter, et assurer ainsi sa responsabilité.

162 *bis*. IV. Aucun délai n'étant fixé pour l'option du conjoint, il s'ensuit que cette faculté lui compète tant qu'il n'y a pas renoncé, par une adhésion à l'exercice des droits subordonnés au décès. La loi, il est vrai, en attribuant à l'option l'effet d'empêcher l'envoi en possession des héritiers présomptifs, semble supposer qu'elle intervient avant le jugement qui prononce cet envoi; mais il n'en faut pas conclure qu'elle ne le puisse plus après. Comment, en effet, un droit de cette importance pourrait-il se perdre par l'effet d'un jugement sur requête? Il faut reconnaître, au contraire, que le conjoint, qui n'est point partie dans l'instance à fin d'envoi en possession, peut, suivant les cas, y intervenir pour arrêter l'effet de la demande, ou former tierce-opposition au jugement. Les héritiers présomptifs ne pourraient s'assurer contre ce danger qu'en interpellant le conjoint, et lui faisant fixer par justice un délai pour faire son option.

162 *bis*. V. Quoique la continuation de la communauté, et l'administration légale qui en est la suite, dépende, en principe, de la seule volonté du conjoint, il faut pourtant bien admettre que cette administration pourrait, pour causes légitimes, lui être refusée ou lui être enlevée. Cette doctrine s'appuie sur le principe général qui soumet à certaines causes d'exclusion ou de destitution tout administrateur de la chose d'autrui. Elle se fonde, plus spécialement encore, sur la loi qui autorise, en certains cas, la séparation de biens judiciaire. D'où naît ici contre le mari un argument *à pari;* et contre la femme, si c'est elle qui prétend à l'administration légale, un argument *à fortiori*.

162 *bis*. VI. Il est évident que la continuation de la communauté autorisée par l'article 124 n'a lieu que sauf la preuve de la mort de l'absent; car la mort est une cause légale de dissolution, et l'article 1441, qui pose ce principe, n'en a pas excepté le cas d'absence.

De même donc que l'envoi en possession des héritiers présomptifs n'empêche pas les effets de l'ouverture de la succession par le décès prouvé (v. art. 130), de même la continuation de fait, admise pendant l'incertitude, ne doit pas empêcher les effets de la dissolution de droit, lorsque la vérité est connue. Ainsi la continuation est seulement provisoire, quoique la loi ne s'en soit pas formellement expliquée, comme elle l'a fait pour la dissolution.

Du reste, la continuation provisoire donne lieu nécessairement à l'établissement d'un régime d'administration également provisoire, mais conférant, à tout événement, certains pouvoirs à l'administrateur, dont les actes devront en conséquence, sauf sa responsabilité, être respectés par les intéressés quelconques, pourvu qu'ils n'excèdent pas la limite de ces pouvoirs; sans préjudice, bien entendu, de la validité des autres actes, si, par événement, l'administrateur se trouvait avoir eu le droit de les faire en une autre qualité; et sans autre responsabilité, alors, que celle qui serait attachée à son véritable titre. C'est ainsi, par exemple, que l'aliénation d'un bien de communauté, consentie par le mari pendant l'absence de sa femme, vaudrait, en cas de retour de celle-ci, par application de l'article 1421, et que le mari n'encourrait alors aucune responsabilité.

162 *bis*. VII. Mais la continuation de communauté autorisée par l'article 124 ne devra, en principe, exercer aucune influence sur la composition active ou passive de la communauté véritable; car, du jour de la dissolution de droit, les articles 1401 et 1409, qui règlent cette composition, auront cessé d'être applicables.

162 *bis*. VIII. Les mêmes principes ne doivent-ils pas régir le cas où c'est par l'envoi en possession définitif que cesse l'administration légale du conjoint? Ne faut-il pas alors refuser à la continuation de communauté tout effet de droit, autre que la validité des actes faits par l'administrateur légal dans les limites de ses pouvoirs? Dans ce cas, en effet, on peut prétendre que la communauté est réputée dissoute de droit du jour de la disparition, et que la liquidation doit s'opérer sur cette base, naturellement applicable, puisque c'est au profit des héritiers présomptifs à l'époque de la disparition que s'opère l'envoi en possession de la part revenant à l'absent (v. art. 120 et 129). Toutefois, en admettant cette idée pour exclure de la communauté les successions ou donations échues depuis lors à l'époux présent, ce qui est de toute justice, puisqu'aucun droit du même

genre n'a pu échoir à la communauté du chef de l'absent, il me paraîtrait raisonnable, sous tous autres rapports, de convertir purement et simplement en droit le fait légal de continuation de communauté tant qu'il a duré, de maintenir en conséquence la confusion des fruits ou revenus produits par les propres de chaque époux, et de comprendre dans la masse partageable tous les acquêts faits pendant l'absence. Ce système, qui offrirait le grand avantage de simplifier les opérations du compte et du partage, n'est contredit par aucun texte de loi. Il se défend en faveur de l'époux, si c'est lui qui l'invoque, par ce motif que, si l'âge de l'absent ou la longue durée de l'absence rend la mort, et par conséquent la dissolution de la communauté, presque certaine, l'époque de cette mort ou de cette dissolution reste incertaine, et qu'il n'est nullement prouvé que la communauté n'ait pas duré de droit pendant tout le temps de sa durée de fait. Il se défend contre l'époux en faveur des envoyés en possession, malgré la contradiction apparente de leur prétention avec leur titre d'héritiers présomptifs au jour de la disparition, par cette raison spéciale, que c'est l'époux lui-même qui a voulu la continuation de la communauté, et qu'il doit dès lors en subir les conséquences. Cette raison est tellement forte qu'elle semblerait suffisante pour l'obliger à comprendre dans la masse partageable même les successions ou donations mobilières par lui recueillies. Cependant je ne vais pas jusque-là; car cela serait inique, à cause du défaut de réciprocité. Je crois, au contraire, que, la communauté n'ayant pu acquérir ces droits éventuels qu'autant qu'elle existait lors de leur échéance, l'époux reste recevable, malgré la continuation à laquelle il s'est volontairement soumis dans l'incertitude, à invoquer le principe des articles 135 et 136, quoiqu'il ne puisse soustraire à la communauté le produit de son travail et de ses jouissances ou économies, parce que c'est au nom de la communauté et pour elle qu'il a travaillé, joui, économisé.

162 *bis*. IX. Ce que je dis du cas d'envoi en possession définitif, je l'appliquerais également, et par la même raison, aux diverses hypothèses où l'administration légale viendrait à cesser, sans preuve acquise de la mort de l'absent, avant l'époque fixée pour l'envoi en possession définitif : ce qui arriverait certainement par la mort de l'époux présent (v. art. 1441), et pourrait également arriver, soit par sa destitution (v. ci-dessus V), soit par son abdication (v. ci-dessous

n° 163 *bis*. VII). Dans le premier cas, en effet, la communauté est définitivement dissoute ; dans les deux autres, il y a lieu à dissolution provisoire (art. 123 et 124); mais, comme rien ne prouve que la dissolution, qui peut dater du jour de la disparition de l'absent, se soit effectivement opérée antérieurement à l'événement qui a mis un terme à la continuation de fait, je maintiendrais jusque-là les conséquences de ce fait, en ce qui concerne la confusion des fruits et le droit aux acquêts.

163. L'époux qui prend ou conserve l'administration possède provisoirement au nom de la communauté, dans la supposition de la vie de l'absent, comme les héritiers présomptifs possèdent provisoirement en leur nom, dans la supposition de la mort; à lui donc s'appliquent le titre de dépôt et l'obligation de rendre compte proclamés par l'article 125. C'est pour lever tout doute à cet égard que la rédaction de cet article a été changée sur les observations du Tribunat (1).

Aussi l'administrateur légal est-il nommément compris dans l'article 126, relatif à l'inventaire, la vente du mobilier, l'état des immeubles, et dans l'article 127, relatif au compte de fruits.

Seulement, l'obligation de donner caution ne lui est pas applicable, car aucun article de loi ne la lui impose, et la rédaction de l'article 124 annonce clairement l'intention de l'en affranchir.

Quant aux pouvoirs de l'administrateur légal, les principes ci-dessus suffisent pour les renfermer dans les limites tracées par l'article 128, et lever à cet égard le doute que la rédaction de l'article laisserait subsister. Ainsi, l'aliénation et l'hypothèque des immeubles lui sont en général interdites.

Du reste, le pouvoir de représenter l'absent en justice lui est nommément conféré par l'article 134.

Observons ici que la généralité des termes de la loi suppose l'application de toutes ces règles, aussi bien à l'administration conservée par le mari qu'à l'administration prise par

(1) V. Fenet, tom. 8, pag. 434.

la femme. L'un comme l'autre époux peut, en effet, être comptable, quoique le mari, du moins en ce qui concerne les biens de la communauté, ne le soit pas à tout événement. La seule différence indiquée consiste dans la réserve du droit de renoncer, formellement prononcée en faveur de la femme par l'article 124.

163 *bis*. I. L'obligation de rendre compte est appliquée par l'article 125 au cas de retour ou de nouvelles de l'absent; elle l'est virtuellement, par l'article 130, au cas de mort prouvée. Ces deux cas sont communs à l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs et à l'administration légale du conjoint. Il y en a un troisième propre à l'administration légale : c'est celui d'envoi en possession définitive, auquel il faut ajouter les divers cas où cette administration viendrait à cesser pendant l'absence, par mort, destitution ou abdication de l'époux administrateur.

Le compte à rendre au cas de retour ne peut guère s'appliquer à l'administration du mari; car l'existence prouvée de la femme, en rendant certaine la durée de la communauté, ne fait en général (1) que confirmer au mari les pouvoirs étendus qui lui appartenaient comme chef (v. art. 1441 et suiv.), pouvoirs qui, par événement, n'ont pas cessé un instant de lui appartenir.

Au contraire, l'obligation de rendre compte est la même pour l'un ou pour l'autre époux en cas de mort prouvée de l'absent. Ainsi, lorsque la preuve du décès de la femme absente sera rapportée, le mari se trouvera, pour tout le temps écoulé depuis cette mort jusqu'à l'arrivée de la nouvelle, n'avoir été, par événement, qu'un administrateur comptable, et responsable comme tel envers les héritiers de la femme.

Quant au cas d'envoi définitif et à tous ceux où l'administration cesserait durant l'absence, si l'on admet avec moi que, faute de preuve de la dissolution antérieure de la communauté, la continuation de fait doit conserver tous ses effets légaux (v. ci-dessus n° 162 *bis*. VIII et IX), le mari aura gardé ses pleins pouvoirs

(1) Cette proposition recevrait exception dans le cas, fort extraordinaire, où la femme commune se serait réservé l'administration et la jouissance de quelque propre; elle se modifierait aussi eu égard aux procès relatifs à la propriété des immeubles de la femme, procès que l'absence seule donnait au mari qualité pour soutenir (comp. art. 134 et 1428).

avec affranchissement de responsabilité, et ne sera comptable que de la propriété des biens personnels de la femme, comme il l'est, au surplus, dans tout autre cas de dissolution. Quant à la femme, qui n'est appelée à l'administration de la communauté que par la disposition de l'article 124, il est clair qu'elle est comptable à tout événement, et qu'elle répondrait de sa mauvaise gestion, soit envers le mari de retour, soit envers les héritiers du mari mort, soit envers les envoyés en possession provisoire ou définitive.

163 *bis*. II. La règle de l'article 127, relativement aux revenus échus pendant l'absence, est certainement applicable à l'administrateur légal; car il est expressément nommé dans l'article 127, qui établit cette règle pour le cas de retour : il est compris dans les termes généraux de l'article 130, qui en prescrit l'application pour le cas de mort prouvée. Ajoutons que, si l'article est applicable dans ces deux cas, il doit l'être, par analogie, quel que soit l'événement qui fait cesser l'administration légale, soit abdication, destitution ou mort de l'époux présent, soit envoi en possession définitif.

L'application au cas de retour, cas spécialement prévu par l'article 127, doit être faite avec discernement. Ainsi les principes sur la composition de la communauté, que le retour de l'absent fait continuer de droit, ne permettent pas d'attribuer en propre à l'époux administrateur les revenus ou la part de revenus qu'il est dispensé de restituer (v. art. 1401, 1402, 1499) (1). Les mêmes principes attribuent également à la communauté la portion que l'absent aurait droit de recouvrer.

Cela posé, la communauté est évidemment seule intéressée à la conservation des fruits, qu'elle doit également acquérir du chef de l'un ou de l'autre époux. Évidemment encore l'absent de retour, pour l'intérêt qu'il a dans la communauté, serait fondé à se plaindre si la portion de fruits qui devait y entrer de son chef n'y est pas en effet entrée. Quant à l'autre portion, formant le salaire de l'administrateur, l'absent de retour aurait certainement intérêt à ce qu'elle eût été également conservée, et il profitera pour sa part de cette conservation si elle a eu lieu. Mais, si cette portion est dissipée, l'absent

(1) M. Duranton est d'un autre avis (*Cours de droit français*, tom. Ier, n° 464) ; mais les raisons qu'il donne ne paraissent pas convaincantes. Il faudrait un texte formel pour constituer une réserve de propres, surtout quand cette réserve devrait porter sur des revenus et sur un salaire d'industrie, c'est-à-dire sur l'élément essentiel de la communauté la plus réduite.

ne peut pas plus réclamer contre la privation de ce profit qu'il ne le pourrait contre la retenue qu'exercerait en cas pareil un envoyé en possession provisoire.

Bien plus, la femme de retour ne pouvant demander à son mari aucun compte de l'administration de la communauté, il est clair qu'aucune réclamation ne peut être admise de sa part, même pour la portion de fruits que l'article 127 réserve en général à l'absent. Si bien que cet article demeure alors tout à fait sans application. Mais, si c'est le mari qui était absent, l'effet de la loi consistera à dispenser la femme, en tout ou en partie, du compte des fruits consommés : cette dispense portera, suivant l'époque du retour, sur les 4/5e, les 9/10e, ou même sur la totalité des fruits.

Remarquons, au reste, que les fruits dont il s'agit ici ne sont pas seulement ceux des biens propres de l'absent, mais ceux de tous les biens dont la jouissance appartenait à la communauté; ce qui comprend les propres de l'un comme de l'autre époux et les acquêts.

163 *bis*. III. Observons ici qu'une restitution de fruits ne doit jamais porter que sur ce qui en reste, déduction faite des charges qui les diminuent, frais de labour et semence, contributions, réparations d'entretien. Quant aux fruits revenant à la communauté, ils se diminuent encore de toutes les charges du mariage, comprenant notamment les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants (v. art. 1409-5°). Lors donc que le mari, de retour avant l'expiration de trente ans, demande compte à sa femme des fruits produits pendant son absence par les biens dont la jouissance appartenait à la communauté, il y a lieu d'abord à déduire de la masse de ces fruits les charges ci-dessus, qui, en fait, peuvent les absorber; mais, s'il y a excédant, il a droit d'exiger une portion de cet excédant, telle qu'elle est réglée par l'article 127 : bien entendu, au reste, que la portion dont l'absent peut exiger la restitution, comme aussi la portion plus considérable que l'époux administrateur est dispensé de restituer, appartenant à la communauté qui dure toujours, l'obligation de restitution se réduit à celle de justifier que la portion à rendre a été employée au profit de la communauté. Toutes les fois donc que les acquêts faits pendant l'absence sur les économies égaleront ou dépasseront la valeur de la portion de fruits à restituer, l'obligation se trouvera accomplie. Dans le cas contraire, la femme devra indemnité à la communauté.

163 *bis*. IV. Mais l'art. 127 recevra son application ordinaire et attribuera en propre tout ou partie des fruits à l'administrateur légal, sans distinction entre le mari et la femme, dans le cas de mort prouvée, si, en fait, l'administration a continué depuis cette mort; car, la communauté étant dissoute de droit du jour de la mort, il n'y a aucune raison pour refuser à l'administrateur légal, pour tout le temps qui a suivi l'une ou l'autre de ces époques, le salaire qu'on accorderait à un envoyé en possession provisoire. Bien entendu, au reste, que dans cette hypothèse l'article 127 s'appliquera comme au cas de retour, jusqu'à l'époque de la dissolution de droit par la mort, et que c'est uniquement pour l'intervalle écoulé depuis la mort qu'il recevra son application ordinaire, et par rapport seulement aux fruits des propres de l'absent et à ceux de sa part dans les conquêts.

163 *bis*. V. Le cas d'envoi en possession définitif, si cet envoi n'a lieu qu'après trente ans d'absence, ne donnera lieu à aucune difficulté, puisque alors la durée de l'absence exclut le principe du partage de fruits. Alors, dans mon système (1), les fruits conservés ou les acquêts feront, purement et simplement, partie de la communauté, et il ne sera dû aucun compte des fruits consommés. Mais, si, eu égard à l'âge de l'absent, l'envoi définitif a eu lieu avant trente ans, le partage de fruits, tel qu'il est réglé par l'article 127, me paraît, dans le silence de la loi, devoir être appliqué par analogie, à l'effet de rendre la femme, si c'est elle qui a eu l'administration légale, comptable du cinquième ou du dixième des fruits consommés. Je ne vois pas, en effet, pourquoi sa responsabilité serait moindre envers les représentants de son mari qu'elle ne l'eût été envers son mari, s'il était revenu.

J'en dirais autant dans les divers cas où l'administration légale viendrait à cesser avant trente ans d'absence. Mais il reste toujours vrai que, dans aucun de ces cas, le mari présent ne sera comptable d'une portion quelconque des fruits.

163 *bis*. VI. L'intention de dispenser l'administrateur légal de la caution se manifeste clairement, dans l'article 124, par le soin que prend le législateur, quelques lignes plus bas dans le même article, de rappeler cette obligation pour l'époux qui demande la dissolution provisoire. Cette pensée se manifeste aussi dans la discus-

(1) V. ci-dessus n° 162 *bis*. VIII.

sion au conseil d'État. Elle s'explique par la faveur due à la continuation de la communauté, qui protége également l'intérêt des deux époux. Ces raisons sont de nature à prévaloir sur la faible induction tirée, au contraire, de l'article 129, qui, prévoyant cumulativement le cas d'envoi en possession provisoire et celui d'administration légale, prononce, entre autres choses, la décharge des cautions.

Au reste, si l'obligation de donner caution n'est pas, de droit, applicable à l'administration légale, il n'en faut pas conclure qu'elle ne puisse jamais lui être appliquée. Si l'on admet avec nous que les tribunaux pourraient, suivant la gravité des circonstances, refuser au conjoint cette administration (v. ci-dessus n° 162 *bis*. V), à plus forte raison pourraient-ils ne l'accorder qu'à la charge de donner caution.

163 *bis*. VII. La faculté de renoncer, spécialement réservée à la femme qui opte pour la continuation de la communauté, peut s'entendre en deux sens différents : soit du droit de renoncer à la communauté dissoute (v. art. 1453) ; soit du droit de renoncer à la continuation de la communauté, c'est-à-dire d'abdiquer l'administration légale, en demandant, à toute époque, la dissolution de la communauté d'abord continuée.

Ces deux facultés, fort distinctes, et proclamées toutes deux dans la première rédaction soumise au conseil d'État, semblent avoir été mal à propos confondues dans la discussion (1).

Peut-être, au reste, induirait-on du changement de rédaction que, conformément au sentiment exprimé dans la discussion par M. Malleville, on aurait voulu retrancher la dernière, celle de demander la dissolution de la communauté avant l'envoi en possession définitif.

Quoi qu'il en soit, la pensée du législateur n'étant pas clairement exprimée, je crois, d'après les principes généraux, que l'une et l'autre faculté appartiennent à la femme. Quant à la première, elle résulte suffisamment de l'article 1453, et c'est à celle-là que j'applique la réserve de notre article ; quant à la seconde, je l'appuierais purement et simplement sur le principe qui permet à chacun de renoncer à un droit établi en sa faveur, principe qui, selon moi, doit permettre l'abdication, non-seulement à la femme, mais au mari lui-même. En effet, l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès, et, par conséquent, la faculté de demander la dissolu-

(1) V. la rédaction proposée à la séance du 14 frim. an x, art. 12, et la discussion sur cet article (Fenet, tom. 8, pag. 412 et 413).

tion de la communauté, étant le droit commun après la déclaration d'absence, je ne vois pas pourquoi l'époux présent, qui d'abord avait résisté à l'application de ce droit commun, ne pourrait pas toujours y revenir. Vainement dirait-on que son option constitue de sa part un engagement envers l'absent intéressé à la continuation de la communauté. Cela n'est écrit nulle part ; et cela d'ailleurs ne serait pas juste, car, la prolongation de l'absence rendant de jour en jour la mort plus probable, on sent que les raisons qui ont déterminé l'option, quand elle a eu lieu, peuvent ne plus exister au moment où l'époux veut revenir contre cette option.

On sent, au reste, que les motifs qui autorisent l'abdication de l'administration légale ne seraient pas applicables, pour faire admettre également le droit d'abdiquer l'envoi en possession provisoire une fois obtenu. A cet égard, l'analogie me conduirait de préférence à l'application des principes sur l'acceptation de succession. Et toutefois, l'inventaire, qui peut seul éclairer le présomptif héritier sur les forces du patrimoine, et par conséquent sur son intérêt à le posséder, n'ayant lieu qu'après l'envoi obtenu (v. art. 126), je crois que celui-ci pourrait, en en faisant la réserve dans sa demande, conserver le droit de renoncer tant qu'il n'aura pas fait un acte qui suppose l'intention contraire. Peut-être même la réserve que je conseille ne serait-elle pas nécessaire pour lui assurer ce droit.

§ II.

Envoi en possession définitif.

164. Cent ans ont toujours été considérés comme le terme le plus long de la vie humaine. On ne peut guère non plus raisonnablement supposer la vie de celui qui, éloigné de son domicile, laisse passer au moins trente-cinq ans sans donner de ses nouvelles. Du moins doit-on dire, dans ce dernier cas, que, si l'absent est vivant, sa négligence prolongée dispense de prendre aucune précaution dans son intérêt, et qu'il est temps de garantir la société du préjudice résultant de l'incertitude des propriétés. Si donc il s'est écoulé trente ans depuis l'établissement du régime provisoire, qui n'a pu lui-même commencer que plus de cinq ans après la disparition (v. art. 115, 119, 120); ou si cent ans sont révolus depuis la nais-

sance de l'absent; toutes les précautions cessent: ainsi les cautions sont déchargées; l'exercice des droits subordonnés au décès, par conséquent le partage des biens, ne peut plus être suspendu par la continuation de communauté; enfin les *ayant-droit* obtiennent l'envoi en possession définitif en le faisant prononcer par le tribunal. V. art. 129.

164 *bis*. I. C'est à la durée de l'administration provisoire des héritiers présomptifs ou du conjoint et non à celle de l'absence que la loi attache les effets ci-dessus. Sans doute, on a voulu exciter par là les intéressés à faire promptement les démarches nécessaires pour l'établissement du régime conservateur de la seconde période, dont ils ne peuvent ainsi différer le commencement sans différer l'ouverture du régime plus avantageux de la troisième. Quant à la révolution de cent ans depuis la naissance, son effet est indépendant de la durée de l'absence; et non-seulement elle peut faire suivre immédiatement la déclaration d'absence par l'envoi définitif; mais je pense que, sans dispenser du jugement de déclaration, elle dispenserait d'observer les délais prescrits par les art. 115, 121, 122. Je pense aussi que l'absence pourrait alors être déclarée sans enquête préalable; et, lors même qu'une enquête aurait été ordonnée, je ne considérerais pas le délai de l'article 119 comme applicable.

164 *bis*. II. La simple expiration du temps réglé par l'article 130 ne convertit pas en définitif l'envoi en possession provisoire; à cet égard, un nouveau jugement est nécessaire. Ainsi, tant que ce jugement n'est pas obtenu, les pouvoirs des envoyés en possession ne sont pas augmentés, et leur responsabilité reste la même. Mais il en est autrement de leurs cautions, dont la loi prononce la décharge, non comme conséquence de l'envoi en possession définitif obtenu, mais comme s'opérant à l'époque où cet envoi peut s'obtenir. Il ne paraît pas même que la décharge des cautions ait besoin d'être prononcée en justice; je crois, d'après les termes de la loi, qu'elle s'opère de plein droit.

164 *bis*. III. Le droit ici proclamé, de demander le partage des biens de l'absent, me paraît l'être principalement en vue du cas où le partage a été jusque-là empêché par la continuation de communauté. Il est clair, en effet, que, dans l'autre hypothèse, les envoyés en possession provisoire ont pu immédiatement procéder avec le

conjoint présent au partage de la communauté provisoirement dissoute, et procéder également entre eux au partage des biens de l'absent. En effet, le principe qui proscrit l'indivision forcée (art. 815) est applicable dans ses motifs à la possession provisoire comme à la propriété ou à la possession définitive, et le droit de provoquer le partage rentre ici forcément dans la catégorie générale des droits subordonnés au décès, dont la déclaration d'absence permet l'exercice.

Je ne vois pas même pourquoi le partage, ainsi fait, ne serait pas considéré comme définitif entre les parties, quoiqu'il n'attribue à chacune d'elles qu'une possession provisoire par rapport à l'absent ou aux véritables héritiers. Je crois, en conséquence, qu'à l'époque fixée chacun pourra, sans mettre les autres en cause, obtenir l'envoi en possession définitif des biens compris dans son lot. Bien entendu, au reste, qu'il n'en sera ainsi qu'autant que l'intention des envoyés en possession provisoire n'aura pas été de faire seulement un partage provisionnel, intention que la considération de l'incertitude de leur droit rendrait chez eux assez naturelle, et qui pourrait, suivant les cas, s'induire des circonstances.

164 *bis*. IV. La loi ne règle pas la forme à suivre pour faire prononcer l'envoi en possession définitif. On doit naturellement appliquer par analogie l'article 860 du Code de procédure. Il est clair, du reste, que l'examen du tribunal doit, dans un cas, porter uniquement sur l'âge de l'absent; et, dans l'autre, tendre à vérifier si, dans les trente ans écoulés depuis l'établissement du régime provisoire, il n'est point survenu de nouvelles. Peut-être pour s'éclairer sur ce point sera-t-il besoin de recourir à la voie de l'enquête, comme au cas de l'article 116. Mais, la loi ne prescrivant rien, l'emploi de cette voie d'instruction est abandonné à la prudence des juges.

164 *bis*. V. Le jugement d'envoi en possession définitif me paraît, nonobstant l'induction contraire qu'on tirerait du texte, devoir précéder la demande en partage. Toutefois, la loi n'ayant, comme on l'a dit, aucunement réglé la forme à suivre pour l'obtention de cet envoi, rien n'empêcherait d'y conclure dans la demande en partage directement intentée, et de faire statuer sur les deux points par le même jugement.

165. L'effet de l'envoi en possession définitif est en général de conférer à ceux qui l'obtiennent la possession proprement dite, c'est-à-dire la possession à titre de propriétaire, avec tous les pouvoirs attachés à ce titre (arg. *à contrario* des articles 125 et 128). Cette possession, sans doute, n'est toujours qu'un fait, qui ne prévaut pas absolument contre le droit une fois connu (v. art. 130, 132, 133); mais c'est un fait légal, qui doit affranchir le possesseur de toute responsabilité, et obliger les ayant-droit à respecter les actes de maître faits par lui, comme s'ils émanaient d'un mandataire de leur choix. Sous ce rapport, les droits des envoyés en possession définitive ne doivent point être confondus avec ceux d'un simple possesseur de bonne foi.

Cela posé, il faut entendre que les envoyés peuvent, valablement à tout événement, aliéner, hypothéquer, et généralement créer toute charge réelle. A plus forte raison peuvent-ils plaider en toute matière, puisque ce pouvoir appartient même aux simples envoyés en possession provisoire (v. art. 134).

Seulement l'équité veut, si le droit est une fois connu, que le profit des opérations appartienne au propriétaire, et que les envoyés en possession ne s'enrichissent pas à ses dépens (v. à ce sujet art. 132).

165 *bis*. Remarquons ici que l'envoyé en possession définitive, quoiqu'il ait les pouvoirs et les droits d'un héritier, n'en a cependant pas la qualité. Son titre, ne s'appliquant qu'aux biens, ne le constitue pas successeur à la personne. Concluons-en qu'il n'est tenu des dettes qu'en vertu du principe *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, et conséquemment qu'il n'en est pas tenu *ultra vires*.

§ III.

Comment cessent les effets de la déclaration d'absence.

166. Toutes les mesures auxquelles donne lieu la déclaration d'absence ont pour base unique l'incertitude qui règne sur la vie ou la mort de l'absent; elles doivent conséquemment cesser avec cette incertitude, soit qu'il y ait preuve ac-

quise de sa mort, soit qu'il y ait au contraire preuve de sa vie par son retour ou par les nouvelles qu'on a de lui.

167. La mort ouvre la succession et saisit les héritiers légitimes (art. 718, 724). La mort une fois connue, c'est donc aux parents en ordre de succéder au jour du décès que les biens se trouvent avoir appartenu, à titre d'héritiers, depuis cette époque. Si d'autres qu'eux ont joui de ces biens, ils en obtiendront la restitution, mais, bien entendu, sous la réserve des fruits accordés à titre de salaire aux envoyés en possession ou à l'administrateur légal. V. art. 130; et remarquez que la loi, qui ne distingue pas, paraît devoir s'appliquer au cas même où la preuve du décès n'est acquise qu'après l'envoi en possession définitif (v. pourtant art. 133).

167 *bis*. I. Le principe de l'article 130, si je le saisis bien, c'est que la vérité connue prévaut sur toutes les suppositions auxquelles l'incertitude donnait lieu de s'attacher, et détruit en général, sauf les restrictions commandées par l'équité, les effets autorisés par la loi dans ces fausses suppositions.

Cela posé, la règle proclamée pour l'ouverture de la succession s'applique naturellement à la dissolution de la communauté; car les causes de cette dissolution sont limitativement déterminées par l'article 1441, comme celles de l'ouverture de la succession le sont par l'article 718. Et, dès lors, on ne peut ni reconnaître une véritable dissolution hors des quatre cas prévus, ni faire survivre, en droit, la communauté à la survenance d'une de ces causes (1).

Ainsi, le fait légal de continuation de la communauté, soit pendant la présomption d'absence indépendamment de la volonté de l'époux présent, soit après la déclaration d'absence en vertu de l'option que la loi lui permet, n'empêchera pas que la communauté n'ait été dissoute de droit par l'un des événements prévus par l'ar-

(1) Remarquons ici qu'en tirant cette conséquence de la combinaison des articles 130, 718 et 1441, je constate le droit tel qu'il est, ou du moins tel qu'il me paraît être. Mais j'avoue que j'aurais trouvé plus raisonnable de faire de l'absence d'un des conjoints une cause, facultative pour l'époux présent, de dissolution de la communauté, c'est-à-dire une cause de séparation de biens judiciaire, applicable ici au mari comme à la femme; séparation qui aurait produit ses effets à tout événement sauf le rétablissement ultérieur de la communauté dans les termes de l'article 1451. Il me semble, en effet, que l'absence d'un des deux époux fait défaillir le principe de la communauté, puisqu'elle exclut le travail en commun. Mais la loi, telle qu'elle est, ne me paraît pas pouvoir être entendue en ce sens

ticle 1441, quoique l'ignorance de cet événement ait fait agir dans la supposition contraire.

Pareillement la dissolution de fait, légalement opérée dans la supposition de la mort de l'absent, soit en vertu de l'article 124, soit même en vertu de l'article 129, n'empêchera pas que la communauté n'ait duré de droit si les deux époux vivaient effectivement; ce qui pourra devenir certain soit par le retour de l'absent, soit par la preuve acquise de sa mort à une époque postérieure à la dissolution de fait.

167 *bis*. II. Toutefois, le fait légal de continuation ou de dissolution, lors même que par événement il est reconnu contraire à la vérité, doit conserver certains effets de droit. Et ces effets, selon moi, seront bien plus étendus lorsque, la vérité demeurant incertaine, le fait légal de continuation se trouvera seulement contraire à la supposition que la prolongation de l'absence fait prévaloir.

167 *bis*. III. Ce qu'il faut maintenir à tout événement, c'est la validité des actes faits, dans les limites de ses pouvoirs, par la personne régulièrement investie de l'administration par suite du fait légal, soit de continuation, soit de dissolution.

Remarquons ici que, pour tout le temps postérieur à la déclaration d'absence, les pouvoirs dont j'entends parler sont uniquement ceux qui résultent, au cas de continuation, du titre d'administrateur légal; et, au cas de dissolution, du titre d'envoyé en possession provisoire ou définitive (v. à ce sujet art. 125, 128, 132).

Quant aux pouvoirs conférés au mari chef de la communauté par l'article 1421, en principe, ils ne peuvent survivre à la dissolution de droit; et je n'admets pas même que la prétendue bonne foi des tiers qui, dans l'ignorance de la mort de la femme déclarée absente, auraient traité avec le mari continuant la communauté aux termes de l'article 124, pût, par argument des articles 2008 et 2009, faire valider à leur profit les hypothèques ou aliénations; car nul n'a dû ignorer la déclaration d'absence : nul, dès lors, n'a dû compter sur d'autres pouvoirs que ceux qui résultent de cette déclaration (v. ci-dessus n° 163).

J'en dirais autrement pour les actes faits par le mari présent pendant la non-présence ou la présomption d'absence de la femme. Alors, en effet, le mari reste purement et simplement investi de fait des pouvoirs conférés par les articles 1421 et 1428; et, tant que

l'événement qui les révoque est ignoré, l'exercice qu'il en fait est légitime et doit produire toutes les conséquences de droit. Je comprends, au reste, parmi ces conséquences, même l'affranchissement de responsabilité (v. ci-dessus n° 160 *bis*).

J'accorderais également au mari les pouvoirs de l'article 1421, au cas de communauté continuée aux termes de l'article 124, et je validerais en conséquence, sans responsabilité de leur auteur, les actes compris dans ces pouvoirs, toutes les fois qu'il ne sera pas prouvé que la dissolution de droit leur est antérieure. Ainsi, lors de l'envoi définitif, j'obligerais les envoyés en possession à respecter ces actes (v. ci-dessus n° 163 *bis*. I).

167 *bis*. IV. Le fait légal de continuation pourra également influer sur la composition de la communauté, qui, selon moi, doit comprendre tous les acquêts faits, soit pendant la présomption d'absence, soit depuis la déclaration d'absence jusqu'à l'expiration de l'administration légale, à moins que le décès antérieur à l'acquisition ne soit prouvé.

Mais le fait légal de continuation, avant ou après la déclaration d'absence, n'autorisera pas à comprendre dans la masse partageable, lors de la dissolution opérée aux termes, soit de l'article 124, soit de l'article 129, le mobilier advenu, par succession ou donation, à l'époux présent, depuis les dernières nouvelles. Ces acquisitions lui demeureront propres; cela est de toute équité, puisque les articles 135 et 136 s'opposent à ce qu'aucune acquisition du même genre ait pu être faite par l'absent et entrer dans la communauté de son chef. J'ajoute qu'indépendamment même de cette considération, l'époux présent peut lui-même s'appliquer le principe proclamé par ces articles, pour refuser à la communauté, dont l'existence, lors de l'échéance, n'est pas prouvée, toute participation aux droits éventuels qui lui compétaient de son chef (1).

168. Quant à la preuve de l'existence de l'absent, la loi distingue si elle survient avant ou après l'envoi en possession définitif.

Au premier cas, il est évident que les effets de la déclaration doivent cesser, et que l'absent profite alors de toutes les précautions prises pour lui assurer la restitution de ses

(1) V. ci-dessus nos 160 *bis* et 162 *bis*. VIII et IX

biens. Toutefois, comme il est possible que les nouvelles que l'on a de sa vie le laissent encore dans le cas de la présomption d'absence, on peut appliquer les mesures conservatoires autorisées au chapitre Ier. Voy. art. 131.

168 *bis.* Les nouvelles qui surviennent peuvent être tellement anciennes que, loin de prouver l'existence actuelle, elles ne dussent pas même faire obstacle à une déclaration d'absence, si cette déclaration n'était pas déjà prononcée. Toutefois, comme c'est un document nouveau dont la connaissance aurait peut-être empêché les juges de déclarer l'absence (v. art. 117), et parce que d'ailleurs ces nouvelles, quelle que soit leur date, pourraient changer la qualité des héritiers présomptifs et donner lieu à déplacer l'envoi en possession provisoire, je crois que leur survenance fait toujours tomber l'effet de la déclaration antérieure, et qu'elle rend aux juges, à la requête des parties intéressées ou sur la réquisition du ministère public, le droit qui leur est conféré par l'article 117, sauf à eux à maintenir purement et simplement le *statu quo*, si la date des nouvelles le leur permet, et qu'il n'y ait aucun intérêt dans le changement du point de départ pour l'attribution de l'envoi en possession. Je crois, du reste, que ce ne sera qu'à partir du nouveau jugement, ou du moins à partir de l'époque qui sera déterminée par le nouveau jugement, que dateront les trente ans dont l'expiration doit précéder l'envoi en possession définitif.

169. Au second cas, le retour ou les nouvelles de l'absent font bien cesser, pour l'avenir, les effets de l'envoi en possession; mais l'absent, en rentrant dans ses biens, doit prendre les choses dans l'état où elles se trouvent, et respecter les actes de propriétaires faits par les envoyés en possession définitive. Le principe, si nous le saisissons bien, c'est uniquement que ceux-ci ne s'enrichissent pas à ses dépens. Ainsi, en cas d'aliénation, son droit se borne, suivant les cas, au prix ou aux biens provenant de l'emploi du prix. V. art. 132.

169 *bis.* I. Ici, comme dans l'article précédent, le cas d'existence prouvée est assimilé au cas de retour. J'entends en conséquence que la survenance de nouvelles, quelle que soit leur date, pourvu que

cette date soit postérieure aux nouvelles prises jusque-là pour les dernières, doit faire cesser pour l'avenir les effets de l'envoi définitif prononcé, sauf l'examen des juges, qui pourront, suivant les cas, ou revenir au régime de la simple présomption d'absence, ou maintenir la déclaration d'absence, et prononcer au profit de qui de droit l'envoi en possession soit provisoire, soit définitif. Selon moi, la seule différence qui doive être admise entre notre hypothèse et celle de l'article précédent, c'est qu'ici le nouveau régime, au lieu de comprendre tous les biens, ne s'appliquera qu'à ceux dont la loi accorde le recouvrement à l'absent de retour.

169 *bis*. II. L'absent de retour ne recouvre ses biens que dans l'état où ils se trouvent ; ainsi, les envoyés en possession sont affranchis de toute responsabilité pour les dégradations ou détériorations dont ils n'ont pas tiré profit.

Son droit, si les biens sont aliénés, consiste dans le recouvrement du prix ou de ce qui est provenu du prix ; cela suppose, 1° que les envoyés en possession ne sont responsables, ni de l'utilité de l'aliénation, ni de celle du remploi ; 2° que les tiers acquéreurs sont à l'abri d'éviction ; ce qui, au surplus, est dans l'intérêt des envoyés en possession eux-mêmes, si l'aliénation est à titre onéreux ; car l'éviction de leurs acquéreurs les soumettrait à garantie, et par là ils se trouveraient indirectement tenus au delà de leur émolument ; et cela serait contraire à l'esprit évident du législateur.

169 *bis*. III. Cette dernière considération, qui pourrait cesser, même en cas de vente, par l'effet des clauses du contrat, n'aurait pas en général d'application aux aliénations à titre gratuit. Et, comme dans ce cas l'absent n'aurait pas de prix à recouvrer, il paraîtra peut-être rigoureux de lui refuser la reprise en nature des biens donnés, et d'accorder ainsi aux donataires ce qu'on n'accorde pas aux envoyés en possession leurs auteurs, le droit de s'enrichir à ses dépens.

Pour éviter ce résultat et autoriser l'action de l'absent contre les donataires, ne peut-on pas dire d'ailleurs que le maintien des aliénations n'est pas formellement prononcé par la loi, dont la pensée, à cet égard, s'induit seulement de sa disposition relative au recouvrement du prix : or, cette induction ne peut avoir trait qu'aux aliénations à titre onéreux ?

Toutefois, ces raisons ne me paraissent pas déterminantes, et c'est sans distinction que je crois devoir maintenir les aliénations : toutes,

en effet, sont comprises dans les pouvoirs de maître qui me paraissent résulter de l'envoi en possession définitif. Il faut bien reconnaître d'ailleurs que la réclamation si tardive de l'absent n'est pas très-favorable et que l'intérêt des donataires mérite aussi protection : bien souvent, en effet, la donation aura été pour eux la cause d'un établissement dont leur éviction renverserait la base ; cela serait surtout funeste s'il s'agissait d'un établissement par mariage. Ajoutons que certaines donations, et ce ne sont pas les moins fréquentes, obligent à garantie ; cela est incontestable pour les constitutions de dot (v. art. 1440, 1547), et, sous ce nom, peut-être faut-il entendre toutes donations faites à l'un ou à l'autre époux en faveur du mariage. Or, indubitablement, toutes les fois que cette garantie serait due, l'éviction ne peut être permise, à cause du préjudice qu'elle causerait aux envoyés en possession donateurs. Évidemment, d'après cela, ceux qui, contre mon sentiment, accorderaient à l'absent le recouvrement des biens donnés, seraient du moins forcés d'admettre des distinctions.

169 *bis*. IV. Les envoyés en possession ne me paraissant tenus que dans la mesure du profit qu'ils retirent, j'en conclus qu'ils ne devraient pas le prix s'ils l'avaient perdu. Seulement, c'est à eux à prouver la perte, car, jusqu'à cette preuve, qui, au surplus, ne sera pas toujours facile, ils sont censés s'être enrichis par cela même qu'ils ont touché.

Quant aux biens provenant de l'emploi, il n'y aura aucune difficulté si cet emploi est régulièrement constaté dans l'acquisition (1). Alors il y aura subrogation réelle, comme elle aurait certainement lieu en cas d'échange. Mais cela sera rare ; car les envoyés en possession, dans la supposition probable qu'ils n'auront aucun compte à rendre, négligeront le plus souvent de faire constater l'origine des deniers par eux employés. Aussi ne pensé-je pas que l'application de la loi doive se borner à ce cas presque extraordinaire. Selon moi, à défaut de déclaration d'emploi, la subrogation réelle n'a pas lieu de plein droit, et l'absent ne peut réclamer que le prix ; mais l'envoyé en possession, qui n'est tenu de ce prix que *quatenus locupletior factus est*, doit être admis à prouver, par tous les moyens

(1) V. à ce sujet art. 1434 et 1435, et remarquez qu'ici la seule déclaration de l'envoyé en possession doit suffire, sans acceptation de l'absent, pour opérer la subrogation réelle ; car il a plein pouvoir pour agir tant en son nom qu'au nom de l'absent.

possibles, que l'acquisition faite est tout ce qui en reste, et peut ainsi forcer l'absent à s'en contenter.

L'absent, au surplus, ayant droit à tout ce qui reste de ses biens, on ne pourrait lui refuser l'exercice des actions en rescision ou résolution qui pourraient compéter aux envoyés en possession contre les acquéreurs : *puta,* en cas de vente à réméré ou de vente d'immeubles à vil prix.

169 *bis.* V. Tout ce que j'ai dit du prix des biens aliénés et de l'emploi qui a pu en être fait s'applique, par la force des choses, aux capitaux de toute origine qui appartenaient à l'absent. Il est clair que les envoyés en doivent la restitution, mais seulement pour tout ce qui en reste au moment du retour.

169 *bis.* VI. A l'égard des biens donnés, l'absent de retour n'a pas, il est vrai, de prix à réclamer, puisqu'il n'y a aucun prix ; mais tous les droits qui auraient pu compéter aux donateurs ou à leurs héritiers contre les donataires subsisteront dans la personne de l'absent. On serait pourtant forcé d'en excepter la révocation pour cause d'ingratitude, si l'action n'était pas librement intentée par le donateur ou par ses héritiers dans les termes de l'article 957. Ici, en effet, il s'agit d'un droit attaché à la personne. Mais, selon moi, tous droits et actions contre les donataires, que les créanciers de l'envoyé en possession donateur pourraient exercer aux termes de l'article 1166, doivent être appliqués à l'absent, ce qui comprendrait le droit au rapport ou à la réduction, ainsi que je vais tout à l'heure l'expliquer.

169 *bis.* VII. Bien plus, il ne serait pas impossible que les envoyés en possession donateurs fussent considérés, suivant les cas, comme enrichis par la donation des biens de l'absent, *puta*, s'ils les ont employés pour l'établissement de leurs enfants, car ils auraient dû naturellement sans cette ressource donner une partie de leur fortune personnelle, qu'ils ont ainsi économisée. Je crois qu'en pareil cas, ils pourront être tenus envers l'absent *quatenus propriæ pecuniæ pepercerunt.*

169 *bis.* VIII. Les droits qui compétent à l'absent contre les envoyés en possession lui compéteraient également contre ses héritiers ou successeurs universels. On serait même tenté de lui accorder la reprise de ses biens contre les légataires particuliers, moins favorables que des donataires entre vifs, et qui, eux, n'ont jamais droit à

garantie. Toutefois, je n'oserais pas aller jusque-là, car le legs est aussi un acte de maître, et je crois que les envoyés en possession ont le droit de faire tous actes de maître. Quant aux héritiers ou autres successeurs universels, les biens de l'absent ne leur ont pas été déterminément attribués, et l'obligation de les restituer, dans la mesure du profit retiré, est une charge de l'universalité qui leur est transmise.

169 *bis*. IX. Quoi qu'il en soit, je n'entends pas dire que tout bien de l'absent qui se trouverait en la possession d'un héritier ou successeur à titre universel pourrait être recouvré en nature. Si l'attribution en a été faite par un partage comprenant à la fois les biens personnels du défunt et ceux de l'absent, il ne faut pas que le copartageant, dans le lot duquel sont tombés les biens de l'absent, soit exposé à une éviction qui n'atteindrait pas ceux à qui sont échus les biens personnels. L'absent qui prend les choses dans l'état où elles se trouvent doit, selon moi, respecter le partage comme tout autre acte de maître. Son droit alors consistera uniquement à obtenir de chacun des copartageants une indemnité égale à la plus-value procurée à son lot, par suite de l'erreur qui a fait comprendre dans la masse partageable des biens qui n'en faisaient pas réellement partie.

169 *bis*. X. C'est sous la même restriction que j'entends accorder à l'absent de retour le droit de recouvrer par voie de rapport ou de réduction tout ou partie de ses biens donnés (v. ci-dessus n° 169 *bis*. VI). Si donc la liquidation est faite au moment du retour, chacun conservera les biens qui lui auront été attribués par l'effet de cette liquidation; seulement, les héritiers et les donataires ou légataires à titre universel tiendront compte à l'absent de tout ce dont leur part eût été diminuée, si, dans la masse formée aux termes de l'article 829 ou de l'article 922, on n'avait pas compris les biens de l'absent (1).

(1) Remarquons que le retranchement auquel nous soumettons ainsi la part de chacun rendra peut-être cette part insuffisante pour l'acquittement des dettes et charges de la succession, dont le passif peut, en effet, surpasser l'actif formé des seuls biens personnels de l'absent. Si cet état de choses eût été connu, les successibles auraient probablement renoncé dès le principe, mais ils ne sont plus à même de le faire (v. art. 783). Je ne vois donc d'autre moyen de les soustraire au préjudice que d'obliger l'absent à contribuer aux dettes proportionnellement à ce qu'il reprend. On pourrait à cet égard tirer un fort argument d'analogie des articles 351, 352 et 747, qui soumettent à cette charge le retour légal.

Quant au donataire ou légataire particulier, que l'opération faite sur les bases adoptées avant le retour de l'absent ne soumettait pas à retranchement, il continuera à profiter de cet avantage, soit que le don ou legs ait pour objet un bien de l'absent ou un bien personnel de l'envoyé en possession défunt. Dans l'un comme dans l'autre cas, le droit de l'absent se bornera à reprendre aux héritiers l'excédant de leur part sur la réserve qui aurait dû leur être réellement attribuée, sans l'erreur qui a fait comprendre les biens de celui-ci dans la masse formée aux termes de l'article 922.

169 *bis*. XI. Mais, si l'absent revient pendant la vie de l'envoyé en possession donateur, ou, même après sa mort, avant la liquidation terminée, les choses se passeront tout autrement. L'événement prouvant alors, avant toute détermination de droits, que les biens de l'absent n'ont jamais fait partie du patrimoine de l'envoyé en possession, il n'y aura pas lieu de les comprendre dans la masse formée aux termes des articles 829 et 922. Telle est du moins la règle qu'il faudra suivre pour le règlement des droits des héritiers entre eux, et pour le calcul de la quotité disponible entre les héritiers et les donataires ou légataires. Mais, en ce qui concerne l'absent, qui ne doit respecter les donations faites par l'envoyé en possession que dans la mesure qui leur aurait été fixée si les biens appartenant à lui absent avaient appartenu au donateur, il y aura lieu de procéder différemment, pour reconnaître ce qui aurait été sujet à rapport ou à réduction si le retour n'avait pas eu lieu, et faire opérer ensuite à son profit ce rapport ou cette réduction.

169 *bis*. XII. Ma règle s'appliquerait, mais avec modification, au cas même où l'absent de retour aurait obtenu de l'envoyé en possession donateur une indemnité pour les avancements d'hoirie faits par celui-ci à ses enfants (v. ci-dessus n° 169 *bis*. VII). Il est possible, en effet, que cette indemnité, qui n'est due par les donateurs que *quatenùs propriæ pecuniæ pepercerunt*, n'égale pas la valeur du bien constitué en dot. L'enfant doté alors ne devra évidemment rapporter à la succession du constituant que la somme payée par celui-ci à l'absent, et c'est uniquement cette somme qui entrera dans la masse formée aux termes des articles 829 et 922. Mais l'absent aura le droit de recouvrer le surplus du bien pour tout et autant que ce surplus aurait été sujet à rapport ou à réduction si la liquidation s'était faite avant son retour sur la masse réunie des deux

patrimoines. Car le donataire ne doit, en définitive, conserver au préjudice de l'absent que ce qu'il aurait effectivement conservé si l'absent n'était pas revenu.

170. Le droit réservé à l'absent lui-même, après l'envoi définitif, est déclaré par la loi commun à ses enfants ou descendants; mais ce droit, qui existe pour lui sans limitation de temps, est borné pour eux à l'espace de trente ans. V. art. 133.

171. Il est évident, au reste, que la loi attache ici à la qualité d'enfants ou descendants une faveur particulière, et qu'elle n'entend pas apparemment y faire participer les autres parents de l'absent. Toutefois, il ne serait pas sûr d'en tirer cette conséquence, que les enfants ou descendants seraient seuls admis à se faire restituer les biens, après l'envoi définitif. Il paraît incontestable, au contraire, que cette restitution pourrait, en cas de mort prouvée, être réclamée par tout héritier légitime (art. 130). On ne voit pas même pourquoi tout parent, qui prouverait sa qualité d'héritier présomptif au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, ne pourrait pas réclamer l'envoi en possession soit provisoire, soit définitif, contre ceux qui, de fait, l'ont obtenu à son préjudice. Selon nous, le privilége des enfants ou descendants consiste uniquement à pouvoir agir dans les trente ans de l'envoi définitif.

171 *bis*. I. La qualité d'enfant du premier degré est, à tout événement, un titre incontestable pour obtenir la restitution des biens de l'absent, soit comme héritier ou cohéritier en prouvant la mort, soit comme héritier présomptif ayant droit à l'envoi en possession concurremment avec ceux qui l'ont obtenu ou à leur exclusion.

Quant aux descendants des degrés ultérieurs, que la loi (art. 133) semble mettre sur la même ligne, il est certain que leur titre est pourtant moins irréfragable; car 1° ils peuvent n'avoir pas existé du vivant de l'absent, et manquer ainsi à la première condition pour succéder (v. art. 725); 2° indépendamment même de cette suppositio-

tion, ils peuvent n'être pas en ordre de succéder, précédés qu'ils seraient par des descendants plus proches.

Ainsi, nécessairement les descendants seraient écartés si leur conception était postérieure soit au décès prouvé, soit aux dernières nouvelles. Quant à l'infériorité de leur degré, elle ne leur fera pas ordinairement obstacle; car, à moins que l'enfant ou descendant plus proche dont ils sont issus ne soit présent, ou qu'on ne prouve sa vie postérieure aux dernières nouvelles, ils jouiront du bénéfice de la représentation (comme nous le démontrerons sur l'article 136 (1)). Peut-être même, pour exclure le bénéfice si favorable de la représentation, ne suffirait-il pas d'établir que l'enfant ou descendant plus proche dont ils sont issus vivait au moment des dernières nouvelles, si l'on ne prouve pas positivement qu'il a survécu à l'absent, et conséquemment que l'article 744 est applicable. Que si l'enfant ou descendant plus proche a survécu, c'est à lui ou à ses représentants que compète le droit de recouvrer les biens, et ses enfants ou descendants n'y peuvent prétendre que de son chef, à titre d'héritiers ou d'envoyés en possession, ou de leur propre chef, à son défaut, en prouvant sa renonciation; mais, dans ce dernier cas, à la condition d'être personnellement en ordre de succéder.

Sous ces modifications, les descendants de l'absent, à quelque degré qu'ils soient, jouissent toujours de la faveur particulière de pouvoir, sans prouver la mort de l'absent, et par conséquent, sans invoquer l'article 130, agir pour le recouvrement des biens dans les trente ans de l'envoi en possession définitif.

171 *bis*. II. Quant à la pétition d'hérédité, qui compète à tout parent en ordre de succéder, en prouvant la mort (v. art. 130), et quant à l'action du même genre pour réclamer l'envoi en possession pendant l'absence, elles sont nécessairement soumises à la prescription générale de trente ans (art. 2262). Mais, ni pour l'une, ni pour l'autre, le point de départ des trente ans ne doit être, comme pour l'action privilégiée des enfants ou descendants, l'envoi en possession définitif. Deux choses seulement me paraissent alors exigées pour faire courir la prescription : 1° que le droit dont il s'agit soit ouvert; 2° qu'après l'ouverture, un autre que le véritable ayant-droit l'ait exercé en son propre nom pendant le temps requis; ces deux condi-

(1) V. ci-dessous n° 174 *bis*. V.

tions me paraissent remplies, si, depuis la mort ou depuis la déclaration d'absence, un autre a possédé pendant trente ans, soit à titre d'héritier la mort étant connue, soit à titre d'héritier présomptif pendant l'absence. Peu m'importe d'ailleurs que la possession de l'héritier présomptif apparent ait été provisoire ou définitive. Car c'est par rapport à l'absent et en vue de son retour possible que la possession avait l'un ou l'autre de ces caractères; mais, par rapport à tout autre, l'envoyé en possession même provisoire possède, à bien dire, *pro suo*. Ma conclusion est que l'action en pétition d'hérédité, fondée sur l'article 130 se prescrit par trente ans, à partir de la mort, si l'envoi en possession a précédé ; ou à partir de l'envoi en possession, dans le cas contraire.

Quant à l'espèce de pétition d'hérédité, tendant à réclamer l'envoi en possession pendant l'absence, la prescription doit courir du jour où un autre a obtenu cet envoi en possession.

171 *bis*. III. Mais, suivant mes principes, ni l'une ni l'autre de ces prescriptions ne courrait pendant l'administration légale du conjoint commun en biens. Car, personne alors ne s'attribuant, au préjudice de l'ayant-droit, le titre d'héritier ou de présomptif héritier, il n'y a pas de possession qui puisse servir de base à la prescription.

171 *bis*. IV. Dans les deux cas ci-dessus, la prescription, fondée sur le principe général de l'article 2262, admet évidemment les suspensions telles que de droit, *puta*, pour minorité (v. art. 2252). Mais il est permis de douter que les mêmes suspensions s'appliquent au délai de trente ans fixé par l'article 133 pour l'exercice de l'action privilégiée des enfants et descendants : la loi, en effet, n'a pas employé le mot de prescription, et comme sa disposition est exorbitante, il convient peut-être de se restreindre strictement dans ses termes. Il est évident, au reste, qu'en circonscrivant ainsi dans un délai préfixe de trente ans l'exercice du privilége accordé aux enfants ou descendants, on n'entendrait pas leur enlever le bénéfice du droit commun, pour l'action qui, abstraction faite de leur qualité d'*enfants*, serait intentée par eux comme plus proches parents.

172. Il va sans dire que ceux qui réclament, à quelque titre que ce soit, la restitution des biens de l'absent, doivent en général respecter, comme le devrait l'absent lui-même, les actes faits par les administrateurs dans les limites de leurs

pouvoirs; ils ne peuvent non plus, dans aucun cas, réclamer les fruits ou la portion de fruits qui, aux termes de l'article 127, seraient refusés à l'absent de retour.

172 *bis.* I. Les pouvoirs, plus ou moins étendus suivant la période d'absence, et pareillement le droit à une portion plus forte ou plus faible ou même à la totalité des fruits, sont les conséquences du fait légal, soit d'envoi en possession, soit de continuation de communauté. Ce fait légal, basé sur l'incertitude du droit, prévaut, sous ce rapport, sur le droit ignoré. Il est évident, du reste, que le fait cesse d'être légal, et perd dès lors tout empire pour l'avenir, du moment que le droit contraire est manifesté par le retour ou par les nouvelles, soit de la mort, soit de la vie de l'absent. Cette manifestation s'opérera certainement, pour le possesseur à l'un des titres ci-dessus, du jour où le droit contraire à sa possession sera réclamé contre lui. De ce jour conséquemment datera, si la réclamation triomphe, la nullité de ses actes ultérieurs, à moins que la bonne foi des tiers ne les fasse maintenir, ce qui dépendra des circonstances (v. art. 2005, 2009); mais de ce jour, en tout cas, datera le compte rigoureux qu'il en devra rendre, et l'obligation de restituer tous les fruits. J'entends même que tous ces effets se produiront contre lui, dès avant la réclamation, à partir de la connaissance personnelle qu'il aurait eue du droit d'autrui (v. à ce sujet art. 550, al. dernier).

172 *bis.* II. Je crois, au reste, que les conséquences du fait légal, telles que je viens de les présenter, recevront leur application, sans distinction des divers cas qui peuvent soumettre à restitution l'administrateur légal ou les envoyés en possession.

Ainsi, malgré le principe qui, en cas de pétition d'hérédité, dispense de toute restitution de fruits le possesseur de bonne foi (v. art. 138, 549), j'obligerais l'envoyé en possession provisoire évincé par un parent plus proche, dont il avait ignoré l'existence, à restituer à celui-ci la portion de fruits que l'absent de retour aurait eu droit d'exiger par application de l'article 127. En effet, la bonne foi, qui consiste ici dans la croyance en la légitimité du titre d'envoyé en possession, ne peut attribuer des avantages plus grands que ce titre n'en conférerait, s'il était, en effet, légitime; et, puisque d'ailleurs l'envoyé en possession a dû conserver une portion de fruits en vue du retour de l'absent, les motifs qui font gagner

tous les fruits au possesseur de bonne foi ne lui sont pas applicables.

172 *bis*. III. J'en dirais autant, et je soumettrais à la restitution de la portion de fruits réglée par l'article 127 l'envoyé en possession provisoire ou l'administrateur légal qui, sur la preuve de la mort de l'absent, qu'il avait ignorée, se trouverait comptable envers le véritable héritier (v. art. 130). Mais, si l'envoyé en possession provisoire, sur la nouvelle du décès, avait, dans l'ignorance de l'existence d'héritiers plus proches, conservé la possession des biens, c'est alors à titre d'héritier qu'il aurait commencé à les posséder, et, si plus tard une action en pétition d'hérédité était dirigée contre lui, il pourrait, sans difficulté, retenir, aux termes de l'article 138, tous les fruits par lui perçus depuis l'ouverture de la succession, ou du moins depuis qu'il aurait connu cette ouverture.

173. Au nombre des actes faits par les administrateurs pendant l'absence, et qui doivent être respectés, soit par l'absent de retour, soit par ceux qui réclament ses biens à quelque titre que ce soit, se placent en première ligne les jugements rendus avec ces administrateurs; car c'est contre eux seuls que pouvaient être dirigées les actions, à partir de la déclaration d'absence. V. art. 134.

SECTION II.

Des effets de l'absence, relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.

174. La mort dépouille une personne de ses biens; la vie la rend apte à en recueillir de nouveaux. La vie et la mort de l'absent étant également incertaines, il est naturel d'attendre pour le dépouiller que sa mort soit prouvée, et de prendre toutes précautions pour lui assurer la conservation de ses biens, jusqu'au moment, au moins, où la mort, quoique non prouvée, sera devenue presque certaine. Mais, par une juste réciprocité, on doit surbordonner à la preuve de sa vie son admission à recueillir des droits nouvellement échus.

Il suffit donc que l'existence d'une personne, à laquelle serait échu un droit quelconque, ne soit pas *reconnue*, pour

qu'à défaut de preuve de cette existence, au moment de l'ouverture, la réclamation faite de son chef soit non recevable. V. art. 135.

Ce principe est spécialement appliqué aux successions, qui, en conséquence, sont recueillies par qui de droit, à l'exclusion des personnes dont l'existence n'est pas reconnue. V. art. 136.

174 *bis*. I. Des principes et des termes de la loi il résulte, incontestablement, que les droits éventuels, dont l'exercice au nom de l'absent est ici refusé, ne sont pas seulement ceux dont l'ouverture est postérieure à la déclaration d'absence, mais tous ceux qui s'ouvrent depuis la disparition. Aussi avons-nous vu, qu'à la déclaration d'absence l'envoi en possession des héritiers présomptifs s'applique seulement aux biens que l'absent possédait au jour de la disparition, ce qui laisse en dehors les biens qui auraient pu lui advenir depuis cette époque par l'échéance de droits éventuels subordonnés à la condition de sa vie. Quant à ces droits éventuels, l'exclusion de l'absent amène pour résultat, en faveur de qui de droit, la retenue à titre de caducité, l'accroissement ou la dévolution, sans que ceux qui doivent profiter de ce résultat aient besoin d'obtenir aucun envoi en possession, et sans qu'ils soient astreints à prendre aucune précaution pour assurer l'utilité de l'action réservée à l'absent.

174 *bis*. II. Mais, si l'application du système remonte nécessairement, pour les droits qui en font l'objet, au jour du départ ou des dernières nouvelles, il ne s'ensuit pas que cette application doive s'en faire immédiatement. Aussi, de bons esprits, frappés surtout des dangers que présente le défaut absolu de protection pour les droits éventuels de l'absent, penseraient peut-être que cet effet de l'absence ne devrait être invoqué qu'après le jugement de déclaration; sauf alors, mais alors seulement, la rétroactivité au jour du départ. Disons-le pourtant, cette prétention, toute raisonnable qu'elle puisse paraître, est inconciliable avec les termes de la loi, qui ne met à la fin de non-recevoir qu'elle prononce, et aux attributions ou dévolutions qui doivent s'ensuivre, qu'une condition, savoir, qu'au moment de la réclamation, le fait de l'existence au temps de l'ouverture du droit ne soit pas reconnu. Or, en quelque sens qu'on veuille prendre cette condition d'*existence non reconnue*, il est évident qu'elle peut être accomplie longtemps avant la déclaration d'absence.

174 *bis*. III. Toutefois, il ne faut pas conclure de là que, dès les premiers jours de l'absence sans nouvelles, les intéressés puissent, sous prétexte qu'ils méconnaissent l'existence, s'opposer aux mesures conservatoires qui seraient requises dans l'intérêt de l'absent. Il faut qu'il y ait au moins présomption d'absence pour que les règles protectrices de la non-présence cessent d'être applicables, et c'est aux tribunaux à juger, d'après les circonstances, si l'on est ou non dans le cas de cette présomption. Jusque-là donc il y aurait lieu à l'apposition de scellés et à l'inventaire ; à cet égard, on se conformerait aux articles 909-3°, 928, 931 et 942 du Code de procédure. Mais aucune de ces mesures ne serait applicable pour un droit ouvert depuis le départ, si, sur l'opposition des intéressés, les tribunaux jugeaient qu'il y a présomption d'absence, car on serait alors dans le cas des articles 135 et 136, qui, à tort ou à raison, ne prescrivent aucune mesure conservatoire.

174 *bis*. IV. Au cas même de présomption d'absence, il est possible que les intéressés, se plaisant, par un sentiment honorable, à reconnaître l'existence qu'ils pourraient mettre en question, n'invoquent pas les articles 135 et 136. Il est clair que le présumé absent devrait alors être représenté dans les opérations relatives à la succession comme il le serait s'il s'agissait d'un droit ouvert avant son départ (v. art. 113) ; et je doute qu'alors, tant que l'état de choses ne sera pas changé, c'est-à-dire tant que durera la simple présomption d'absence, les intéressés puissent, à moins de circonstances bien graves, revenir sur leurs pas pour contester l'existence qu'ils ont d'abord reconnue, et se faire restituer contre la délivrance ou le partage qu'ils ont consenti (1). Mais, évidemment, il en sera autrement lors de la déclaration d'absence : car le long temps écoulé est une raison suffisante pour ne plus reconnaître l'existence devenue de plus en plus incertaine ; et, d'ailleurs, il n'y a plus de contradicteurs possibles à l'application des articles 135 et 136, puisque le droit éventuel dont il s'agit ne peut, comme on l'a vu, entrer dans l'envoi en possession des héritiers présomptifs (v. ci-dessus n° 151 *bis*. IV).

174 *bis*. V. L'absent exclus de la succession faute de preuve de

(1) C'est à dessein que je suppose délivrance ou partage, car je ne verrais pas une véritable reconnaissance de l'existence dans le seul fait d'avoir laissé représenter l'absent dans les opérations conservatoires de scellé ou d'inventaire.

son existence doit être considéré comme n'existant pas. Si donc sa parenté avec le défunt est de l'ordre dans lequel la représentation a lieu (v. art. 740, 742), ses enfants ou descendants doivent être admis à le représenter. C'est mal à propos que, pour les priver de ce bénéfice, on argumenterait de la possibilité de sa vie, qui, en effet, si elle était prouvée, mettrait obstacle à la représentation (v. art. 744). Mais, tant que la vie n'est pas prouvée, la mort doit être supposée, et c'est dans ce sens qu'il faut entendre l'article 744, dont la pensée principale est qu'*on ne représente pas les personnes vivantes*, c'est-à-dire apparemment celles dont la vie est prouvée. La faveur qui s'attache à la représentation, comme moyen de maintenir l'égalité entre les diverses souches ou branches, doit certainement faire prévaloir cette interprétation. On sent d'ailleurs toute l'iniquité d'un système, qui, pour exclure la souche ou branche de l'absent, permettrait aux autres souches ou branches de le considérer comme vivant, quand, d'autre part, elles veulent le considérer comme mort pour se dispenser de partager avec lui. Au surplus, les descendants de l'absent prétendant à la représentation peuvent s'appuyer sur les termes mêmes de l'article 136, dont la vocation comprend également (sauf, bien entendu, les distinctions commandées par les principes) et ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, et ceux qui auraient recueilli la succession à son défaut.

175. Il est bien à remarquer que, l'exclusion de l'absent étant fondée sur le droit commun, qui assujettit tout demandeur à prouver sa prétention, il n'est besoin, pour ses cohéritiers ou ceux qui viennent à sa place, d'aucun envoi en possession, et qu'ils ne sont assujettis à aucune formalité tendant à lui assurer la restitution de sa part héréditaire. La loi réserve seulement à l'absent lui-même, ou à ceux qui viendraient de son chef, l'action en *pétition d'hérédité ou d'autres droits*, action dont la durée n'est bornée que par le principe général de la prescription (art. 2262). V. art. 137.

175 *bis*. La prescription applicable est évidemment celle de trente ans (art. 2162), et les trente ans doivent courir du jour où les biens, objet du droit, auront été, après l'ouverture de ce droit, retenus ou possédés en vertu des articles 135 et 136 (v. ci-dessus n° 171 *bis*. II).

Sauf, bien entendu, pour les tiers acquéreurs, si l'on n'admet pas

que leur titre seul suffise pour les mettre à l'abri de toute éviction (v. ci-dessous n° 176 *bis*. V-IX), le droit d'invoquer la prescription de dix et vingt ans (v. art. 2265); et sauf, dans tous les cas, l'application, en leur faveur, du principe *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279).

176. La loi, au surplus, applique, même au cas de pétition d'hérédité, la règle générale qui fait gagner les fruits au possesseur de bonne foi, par la perception. V. art. 138, 549, 550.

176 *bis*. I. En droit romain, le possesseur de bonne foi de l'hérédité restituait même les fruits, quand il s'en était enrichi (v. *Paul*, L. 40, ff. *de petit. hered.*). C'était l'application du principe *Fructus augent hereditatem,* qui excluait alors le principe d'acquisition pure et simple des fruits au possesseur de bonne foi. Mais il est au moins douteux que cette règle fût suivie dans notre ancienne pratique. Sur ce point, les auteurs ne s'accordent pas; mais plusieurs enseignent que le possesseur de l'hérédité, comme tout autre possesseur de bonne foi, était affranchi complétement de la restitution des fruits perçus avant la demande (1). Le législateur a suivi avec raison cette doctrine plus simple. C'est, du reste, au seul fait de la perception, et non à celui de la consommation, qu'il a, conformément à notre ancienne pratique française (2), attaché le gain des fruits; mais, bien entendu, sous la condition de la durée de la bonne foi au moment de cette perception (v. à ce sujet art. 550). Remarquons seulement que la bonne foi sera, en général, censée durer jusqu'à la demande.

176 *bis*. II. Quant à la restitution des biens héréditaires eux-mêmes, la loi ne s'explique pas sur la mesure dans laquelle le possesseur doit en être tenu. Le droit romain n'y soumettait le possesseur de bonne foi de l'hérédité que *quatenus locupletior factus erat* (v. *inter al.,* Ulp., L. 25, § 11, *de pet. her.*). Cette règle, admise dans l'ancien droit, me paraît également applicable sous l'empire du Code civil, qui par là même qu'il nomme la *pétition d'hérédité,* sans en déterminer nulle part l'effet et l'étendue, consacre virtuellement les anciens principes qui régissaient cette action. Bien entendu,

(1) V. Répert. de jurisprudence, v° *Hérédité,* VIII; v. aussi l'annotateur de Lebrun, *Success.*, liv. II, chap. VII, sect. 1re, nos 17 et 18; v. au contraire Pothier, *Propriété*, n° 430.

(2) V. Pothier, *Propriété*, nos 341, 342.

au reste, qu'aujourd'hui, comme autrefois, le possesseur sera réputé enrichi de tout ce qui sera entré en sa possession tant qu'il ne justifiera pas de la perte (v. Pothier, *Propriété*, n° 429).

176 *bis*. III. Ainsi, à moins de mauvaise foi prouvée, ceux qui, par application des articles 135 et 136, auront recueilli la succession à l'exclusion de l'absent ne seront, en général, tenus envers lui que comme le seraient les envoyés en possession définitive des biens qui lui appartenaient au jour de sa disparition (v. à ce sujet art. 132, et ci-dessus n° 169). Pas plus que les envoyés en possession définitive, ils ne seront, en général, responsables de leurs faits et actes, mais comptables, seulement, du profit qu'ils en auront retiré. Et toutefois, cette proposition reposant surtout sur l'équité, qui repousse l'idée de faute chez celui *qui re suâ abuti putat*, on sent bien qu'elle peut se modifier suivant les circonstances, et notamment suivant que l'existence de l'absent au moment de l'échéance du droit éventuel paraîtra plus ou moins probable, et, par suite, le droit de ceux qui possèdent à son exclusion plus ou moins incertain. La faute, sans doute, ne se présumera pas, mais, si elle était prouvée, la responsabilité s'ensuivrait, par application du principe général de l'article 1382.

176 *bis*. IV. Quant à la validité de leurs actes à l'égard des tiers qui ont traité ou plaidé avec eux sur les biens héréditaires, il serait difficile de la contester d'une manière absolue. Car il y a des rapports forcés, qui, en l'absence du véritable maître, n'ont pu s'établir qu'avec les possesseurs, et il serait souverainement inique de ne pas maintenir à tout événement les opérations ainsi faites de bonne foi. La loi elle-même s'en explique suffisamment pour le paiement (v. art. 1240), et je n'hésiterais pas à appliquer sa disposition aux jugements et autres actes du même genre, tels que partage ou licitation (1).

176 *bis*. V. Mais il y a plus de difficulté pour les actes d'aliénation volontaire, car, quelque favorables que puissent être les tiers acquéreurs, quelque invincible que soit l'erreur qui sert de base à leur croyance, toujours est-il qu'ils ont librement suivi la foi de leur auteur, qui, en principe, n'a pu leur transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même (v. art. 1599, 2125, 2182; C. proc., 717).

(1) Voyez, quant aux jugements, *Scævola,* L. 44. ff., *de re jud.* Il accorde, dans un cas analogue, l'action *judicati* contre une personne qui n'a point été partie.

Quant à la bonne foi qu'ils invoquent, elle ne constitue pas le droit, et les seuls avantages que la loi lui accorde sont le gain des fruits (art. 549, 550) et la prescription par dix et vingt ans (art. 2265). Ce n'est donc pas à la bonne foi des acquéreurs qu'il faudrait s'attacher comme cause principale et déterminante pour le maintien des aliénations; c'est le droit de l'auteur qu'il faudrait établir, et c'est à quoi l'on ne parviendrait pas, lors même qu'à l'aide d'un système plein de subtilité, et que pour mon compte je ne saurais admettre, on arriverait à reconnaître *interim* à l'héritier apparent le titre de propriétaire, en le refusant au parent plus proche jusqu'à son acceptation (1). Cela, en effet, ne suffirait pas pour préserver les acquéreurs d'éviction; car on ne pourra jamais nier que, à partir du jour de l'ouverture de la succession, le parent plus proche ne soit au moins propriétaire sous une condition suspensive, la condition de son acceptation : or, cette même condition serait forcément résolutoire de la propriété intérimaire que l'on reconnaîtrait en la personne de l'héritier apparent. Dès lors viendrait contre les tiers acquéreurs l'application de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis,* qui n'est, au surplus, qu'une des faces de ce principe de droit et de raison : qu'on ne transfère pas à un autre plus de droits qu'on n'en a soi-même (v. au surplus art. 777, 1179, 1183).

176 *bis*. VI. Mais ce pouvoir d'aliéner, que l'héritier apparent ne trouvera jamais dans le titre de propriétaire, puisque dans aucun système il ne sera propriétaire incommutable, ne pourrait-on pas le trouver dans la possession légitime que lui accorde l'article 136 (2)? Non que j'entende dire que la possession, même légitime, emporte jamais pouvoir légal d'aliéner la chose possédée; je crois tout le contraire, et je n'hésiterais pas conséquemment à déclarer nulle, à l'égard du véritable héritier, la cession que l'héritier apparent aurait faite de ses droits successifs. Mais je dis que dans la possession légitime réside le pouvoir de gouverner, et que ce pouvoir, appliqué

(1) Telle paraît être au fond, quoique l'expression n'en soit pas formelle, la pensée de la cour de cassation dans ses trois arrêts du 16 janvier 1843 (J. P., tom. 119, p. 381).

(2) C'est à l'article 136 que je me réfère ici comme base de la possession légitime du parent plus éloigné, parce que je raisonne dans l'hypothèse de l'absence de l'héritier plus proche. Mais, quelle que soit la cause d'ignorance du possesseur *pro herede*, pourvu que cette cause soit plausible, sa possesssion sera toujours légitime, car les successibles, de quelque ordre ou de quelque degré que ce soit, étant tous appelés les uns à défaut des autres, c'est bien la loi qui autorise la possession du plus éloigné, quand le plus proche est inconnu.

à l'hérédité, universalité qu'il ne faut pas confondre avec les biens qui la composent, doit comprendre, comme moyen de gouvernement, la faculté d'aliéner les objets particuliers. Souvent, en effet, cette aliénation sera nécessaire ou présentera pour la masse un avantage évident. Aussi la loi ne refuse-t-elle jamais d'une manière absolue aux administrateurs, pour le compte d'autrui, le pouvoir d'aliéner. Seulement, parce que ce moyen de gouvernement est dangereux, elle le soumet à certaines conditions (v. art. 457-459, 509, 806, 814). Cela posé, si, d'une part, l'intérêt de l'hérédité exige la possibilité d'une aliénation particulière ; si, d'autre part, la loi n'a prescrit aucune condition pour cette aliénation, n'en faut-il pas conclure qu'elle a entendu sur ce point s'en remettre à la discrétion du possesseur qu'elle a constitué? Cela d'ailleurs offre peu de danger si le possesseur est de bonne foi, car, puisqu'il se croit maître, la considération de son propre intérêt lui commandera d'agir pour le mieux. Fondé sur ce principe, le maintien de ses actes se trouve en parfaite harmonie avec l'affranchissement de responsabilité qu'on lui accorde en le déclarant tenu seulement *quatenus locupletior factus est*. Ajoutons que ce bénéfice même serait enlevé au possesseur si l'on permettait l'éviction des tiers acquéreurs, puisque cette éviction le soumettrait à garantie.

176 *bis*. VII. Toutes ces raisons, j'en conviens, ne paraissent s'appliquer que dans la supposition d'un possesseur de bonne foi, et toutefois je crois que cette condition ne doit pas être exigée dans le possesseur, pourvu que l'acquéreur ne soit pas lui-même de mauvaise foi. En effet, si la possession de bonne foi emporte pouvoir d'aliéner, le tiers acquéreur, qui doit toujours, jusqu'à preuve contraire, supposer la bonne foi, et par conséquent le pouvoir, me paraît devoir être assimilé à tout autre tiers qui, dans l'ignorance, traite avec un mandataire dont les pouvoirs ont cessé (v. art. 2009).

176 *bis*. VIII. Appuyé sur ces raisons de droit, le maintien des aliénations se recommande en outre par de puissantes considérations. C'est le seul moyen, en effet, de procurer aux nombreux possesseurs à titre héréditaire la libre disposition de leurs biens, disposition qui autrement sera sans cesse entravée, parce que la crainte toujours possible de l'apparition d'un héritier inconnu ne manquera pas de détourner les acquéreurs prudents. De là naît un véritable préjudice social, car la société tout entière est intéressée à la circulation des

biens. Enfin, les acquéreurs ici sont particulièrement dignes de faveur, car ils n'ont vraiment rien à se reprocher, quand, par la production d'un intitulé d'inventaire ou d'un acte de notoriété, ils ont obtenu, autant qu'il était en leur pouvoir, la justification du droit de leur auteur.

176 *bis*. IX. Au reste, l'aliénation n'est, dans mon système, permise au possesseur de l'hérédité que comme moyen de gouvernement; et cette vue ne pouvant s'appliquer aux aliénations à titre gratuit, je crois que les donataires pourraient être évincés par le véritable héritier. J'en excepterais seulement le cas où, la donation obligeant à garantie (v. art. 1440, 1547), l'éviction des donataires devrait donner lieu à recours contre un possesseur de bonne foi. Car je ne crois pas que, directement ou indirectement, le possesseur de bonne foi de l'hérédité doive, par le fait de l'héritier, être tenu au delà de son émolument. Et je n'admets pas davantage que l'héritier puisse, en prenant sur lui la charge de la garantie, faire valoir sa revendication; car, cela serait contraire au principe : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* En pareil cas donc, je réserverais seulement à l'héritier, soit l'exercice des actions qui peuvent compéter au donateur ou à sa succession contre le donataire, soit l'action contre le donateur lui-même dans la mesure du profit qu'il aurait retiré de la donation (1).

SECTION III.

Des effets de l'absence, relativement au mariage.

177. La religion, la morale et la loi civile se réunissent pour proclamer l'indissolubilité du mariage pendant la vie des deux époux. La possibilité de la vie de l'absent, quelles que soient à cet égard les probabilités, doit toujours s'opposer à ce que son conjoint contracte une nouvelle union (art. 147 et 227).

Si pourtant, par fraude ou par erreur, un second mariage

(1) V. à cet égard ce que j'ai dit ci-dessus pour le cas analogue de donations de biens de l'absent faites par les envoyés en possession définitive (supra n° 169 *bis*. VI et VII). Du reste, je ne confonds pas entièrement le possesseur de l'hérédité investi aux termes de l'article 136 avec l'envoyé en possession définitive; et ce n'est pas, comme on l'a vu, d'une manière aussi absolue que je lui reconnais le pouvoir de faire des actes de maître.

avait été contracté, la question de savoir si ce mariage est valable ou nul semblerait dépendre entièrement de celle-ci : l'absent existait-il ou non au moment où le second mariage a été contracté? C'en est assez pour interdire à qui que ce soit l'action en nullité, tant que durera l'incertitude. Mais la loi semble aller encore plus loin, en bornant à l'époux absent lui-même ou à son fondé de pouvoir le droit d'attaquer le mariage. Remarquons même que le fondé de pouvoir doit être muni de la preuve de l'existence. V. art. 139. Voy. cependant art. 184 et 190.

177 *bis*. I. Si l'on s'attachait strictement aux termes de la loi, le second mariage contracté pendant l'absence du premier époux ne pourrait, même après le retour de l'absent, être attaqué par personne, si lui-même ne jugeait pas à propos de l'attaquer ou de le faire attaquer. Ainsi, une honteuse connivence de sa part suffirait pour ériger en droit le fait immoral et scandaleux d'un commerce notoirement adultérin ; et son indifférence coupable ou son odieuse malice pourrait retenir les nouveaux époux dans un lien que leur conscience réprouve, et priver ainsi celui des deux qui est libre du droit de contracter une autre union.

Le scandale serait d'autant plus grand que le premier mariage, n'étant point dissous (v. art. 227), devrait certainement produire ses effets de droit, tandis que ces mêmes effets seraient conservés au second. De là trouble et incertitude dans l'état des enfants ; car, s'il en survenait depuis le retour, la présomption de paternité légitime pourrait également s'appliquer à deux maris ou à l'égard d'enfants nés de deux femmes différentes!..... Indiquer ces résultats, c'est montrer assez que la pensée de la loi ne peut être telle, et que ses termes doivent être interprétés.

177 *bis*. II. Dominés par cette vue, de bons esprits pensent qu'en bornant à l'époux absent le droit d'attaquer le mariage, le législateur a seulement voulu dire que personne ne pourra l'attaquer pendant l'absence : suivant eux, l'idée unique dont l'article 139 exprime la conséquence, c'est que la nullité du second mariage ne peut être demandée *sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent*. Telle était, en effet, la disposition principale de l'article 28 du projet, littéralement reproduit dans l'article 27 de la ré-

daction soumise au conseil d'État (1). Et, pour prouver que la loi n'a pas en effet d'autre sens, on cite les paroles de Tronchet, qui ne voit dans les articles 26 (2) et 27, soumis à la discussion, que la reproduction de la doctrine de l'avocat-général Gilbert-de-Voisins. On cite surtout la proposition de Cambacérès, qui, en demandant la suppression de l'article 26, voulait qu'on rédigeât ainsi la fin de l'article 27 : *Néanmoins, si l'époux absent se représente, ce mariage sera déclaré nul.* Or, le procès-verbal constate que cette proposition fut adoptée (3).

Ainsi, dans ce système, l'article 139 ne déroge aucunement aux articles 147 et 184 ; il en suspend seulement l'application, tant qu'il est incertain si la cause de nullité existe effectivement. Mais, toute incertitude cessant devant la preuve de la vie de l'absent au moment du second mariage, il s'ensuit que tous ceux à qui l'article 184 accorde l'action peuvent, en offrant cette preuve, demander la nullité.

177 *bis*. III. Ce résultat, il faut en convenir, paraît bien contraire aux termes de la loi ; car il consiste à rendre commun à toute partie intéressée, *munie de la preuve de l'existence,* le droit qui n'est appliqué sous cette condition qu'au fondé de pouvoir de l'absent. Il efface entièrement l'espèce de privilége que la loi semble établir en faveur de l'époux absent ; car vainement dirait-on que le privilége consiste pour lui à pouvoir agir ou faire agir son fondé de pouvoir pendant l'absence : c'est là une pure illusion, puisqu'il n'y a plus d'absence dès que l'absent donne signe de vie en intentant ou faisant intenter l'action.

Donc l'absent que la loi déclare pouvoir *seul* agir est purement et simplement dans le droit commun ; il agit aux termes de l'article 188, comme les autres parties intéressées agiraient aux termes de l'article 187. Cependant, l'idée de concentrer l'action dans la personne de l'absent, idée dont on se croit autorisé par la discussion

(1) V. Projet de Code civil, liv. I, tit. IV, art. 28 (Fenet, tom. 2, pag. 36) ; Procès-verbal de la discussion au conseil d'État, séance du 4 frim. an x (Fenet, tom. 8, pag. 423).

(2) L'article 26 refusait formellement au conjoint de l'absent le pouvoir de contracter un nouveau mariage sans la preuve positive du décès. Il fut supprimé sur la proposition de Cambacérès, pour faire cesser l'apparence de contradiction signalée par M. Bérenger, entre sa disposition et celle de l'article suivant, qui supposait le mariage contracté.

(3) Voy. M. Valette sur Proudhon, chap. XX, sect. IV, § I, observ. II, pag. 302 ; M. Demolombe, tom. 1er, no 264 ; M. Ducaurroy, tom. 1er, no 333.

au conseil d'État à ne tenir aucun compte, il est bien à remarquer qu'elle se trouve dans le projet comme dans la loi elle-même.

En effet, l'article 27 ci-dessus cité ne se bornait pas à dire *que le mariage ne pourrait être dissous sous le seul prétexte de l'incertitude;* il ajoutait : *et tant que l'absent ne se représentera pas ou ne réclamera pas par un fondé de procuration.* Or, aucune discussion ne s'étant élevée sur cette disposition spéciale de l'article 27, il est peut-être téméraire de conclure des paroles de M. Tronchet ou de la proposition adoptée de Cambacérès, qu'on n'a point entendu la consacrer. Car Tronchet comme Cambacérès voulaient seulement, l'un repousser, et l'autre éviter la prétendue contradiction que M. Bérenger, et après lui M. Thibaudeau, croyaient voir entre les articles 26 et 27. Mais la preuve que la proposition de Cambacérès ne fut point comprise comme étendant à toute partie intéressée le droit de faire déclarer la nullité du second mariage, c'est que M. Thibaudeau annonça, au moment même de l'adoption, qu'il rédigerait un article dans ce sens : *Que l'époux absent pourrait seul attaquer le mariage de son conjoint.*

177 *bis.* IV. De tout cela je conclus qu'on ne peut se dispenser de reconnaître un caractère exclusif au droit proclamé par l'article 139 en faveur de l'époux absent.

Cela posé, cette exclusion, proclamée d'une manière générale, devra être appliquée aussi généralement que le permettra le respect de la morale et de l'ordre public.

Ainsi, 1° ce dont tout le monde convient, l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent au moment où a été contractée la nouvelle union, ne pourra jamais, en elle-même, être invoquée par qui que ce soit comme cause de *nullité* de cette union.

2° Même après que l'absence a cessé, l'absent est le seul qui, dans un intérêt privé, puisse attaquer le nouveau mariage : ce qui exclut l'action des collatéraux, celle des enfants du premier lit et celle même d'un des nouveaux époux agissant après la mort de l'autre dans un intérêt purement pécuniaire; *puta,* pour se soustraire à l'exécution de ses conventions matrimoniales. Cette pensée de protéger la nouvelle union contre les attaques de l'intérêt purement pécuniaire est celle qui a été mise en avant par l'orateur du Gouvernement et par celui du Tribunat devant le Corps Législatif, et c'est surtout ainsi qu'ils ont cherché à justifier la disposition de l'ar-

ticle 139 (1). Et, en effet, il faut bien reconnaître que le mariage contracté pendant l'absence du conjoint, tout illicite qu'il fût, est au moins digne de quelque indulgence. Cette idée, du reste, me paraît suffisante pour étendre l'exclusion à l'action même des ascendants, quoique leur droit d'agir ne repose pas sur un pur intérêt pécuniaire (comp. art. 184, 187 et 189).

Mais, au contraire, il n'y a point de considération qui puisse faire cesser le devoir du ministère public d'agir en cas de bigamie flagrante pour faire condamner les nouveaux époux à se séparer (v. art. 190). Rien non plus ne peut, dans le même cas, priver les deux époux de l'action que leur accorde l'article 184 dans un intérêt de morale et de conscience, action que la loi elle-même distingue par ce motif de celle des parties intéressées.

177 *bis*. V. Le devoir de conscience, qui prescrit aux nouveaux époux de faire rompre leur union quand elle est reconnue adultérine, leur commande même de s'abstenir de la vie commune, par cela seul qu'il y a doute sur l'innocence de leur commerce. Aussi D'Aguesseau, tout en exigeant, pour que la nullité fût prononcée, une preuve positive de la vie du premier époux au temps de la célébration du nouveau mariage, voulait-il que, dans l'incertitude, on obligeât les nouveaux époux à demeurer séparément (2). Pour moi, je ne pense pas que la justice humaine puisse leur imposer cette obligation, lorsqu'ils sont d'accord pour maintenir leur union. Mais, si l'un d'eux réclame, sur le motif d'incertitude, la séparation d'habitation, je crois que la justice ne peut la lui refuser. Car ce refus équivaudrait à une défense, au nom de la loi, d'accomplir un devoir de conscience, et le pouvoir du législateur humain ne va pas jusque-là.

177 *bis*. VI. Tels sont, selon moi, les effets de l'absence quant au mariage : elle ne le dissout pas, mais elle met en doute sa continuation. Ce doute ne suffit pas pour autoriser le conjoint de l'absent à contracter une nouvelle union ; mais il suffit, tant qu'il subsiste, pour mettre à l'abri de toute attaque la nouvelle union. Bien plus, la probabilité de mort qui résulte de l'absence sans nouvelles excusant, sans le justifier, le convol du conjoint de l'absent, c'est une raison

(1) V. Bigot Préameneu, Exposé des motifs, *in fin*. (Fenet, tom. 8, pag. 462); Huguet, orateur du Tribunat au Corps Législatif (Fenet, *ibid.*, pag. 488).
(2) V. D'Aguesseau, 22e plaidoyer, affaire Colliquet, édit. in-4° de 1762, tom. 3, pag. 14.

pour entourer d'une certaine indulgence la nouvelle union et pour la protéger contre les attaques de l'intérêt privé.

177 *bis*. VII. Au reste, ces deux effets de l'absence ne reposant pas, comme on voit, sur une base entièrement identique, je ne les regarde pas comme s'appliquant indistinctement à la même période d'absence. Ainsi, selon moi, la simple présomption d'absence suffit pour le maintien de la nouvelle union, tant qu'il ne sera pas prouvé que l'absent vivait au moment où elle a été contractée. Car, pour le décider ainsi, je n'ai pas même besoin de m'appuyer sur l'article 139, ni, par conséquent, de rechercher dans quel sens y est pris le mot *absent:* il suffit d'invoquer le principe général qui oblige tout demandeur à prouver le fondement de son action.

Quant aux fins de non-recevoir, dans l'établissement desquelles je fais uniquement consister la disposition de l'article 139, c'est là un effet exorbitant de l'absence, que je ne crois devoir entendre que de l'absence proprement dite, c'est-à-dire de l'absence déclarée.

Résumant en deux mots, je dis que, si le nouveau mariage a été contracté pendant la présomption d'absence, il ne pourra, il est vrai, être annulé si la vie de l'absent, seule cause de nullité, n'est pas prouvée; mais toute personne dont l'article 184 autorise l'action pourra l'intenter en rapportant cette preuve.

Au contraire, quand le mariage aura été contracté depuis la déclaration d'absence, non-seulement il ne pourra être attaqué sans preuve de l'existence de l'absent au moment de sa célébration; mais une fin de non-recevoir perpétuelle repoussera les actions fondées sur un pur intérêt privé.

177 *bis*. VIII. Le fondé de pouvoir, à qui la loi permet d'attaquer le mariage au nom de l'absent, me paraît devoir être spécialement constitué à cet effet. Le projet et la rédaction présentée au conseil d'État s'expliquaient à cet égard formellement (1), et il n'apparaît nullement de la discussion qu'on ait voulu sur ce point apporter aucun changement. La gravité de l'action et l'intention manifeste du législateur, de subordonner, dans les limites ci-dessus indiquées, son exercice à la volonté de l'absent, ne permettent point d'ailleurs de comprendre cet exercice dans le vague d'un pouvoir général.

(1) V. Projet de Code civil, liv. Ier, tit. IV, art. 28 (Fenet, tom. 2, pag. 36); Rédaction soumise au conseil d'État, art. 27; Procès-verbal du 4 frim. an X (Fenet, tom. 8, pag. 423).

Si l'on pensait, au contraire, qu'une procuration générale peut suffire, cela autoriserait l'action du fondé de pouvoir constitué avant le départ; mais bien entendu que ce droit ne pourrait lui être accordé que jusqu'à la déclaration d'absence, à laquelle sa qualité ne saurait survivre.

177 *bis.* IX. Le fondé de pouvoir doit être muni de la *preuve de l'existence*, entendez *de l'existence actuelle;* c'est en effet de l'existence actuelle que dépend la durée de la procuration (v. art. 2003). Il est vrai que, dans les cas ordinaires, on n'exige point cette preuve, et qu'un mandat est censé durer tant que la mort qui le terminerait n'est pas prouvée. Mais ici l'importance de la mission confiée et le caractère spécial de l'action, qui expirerait avec la personne de l'absent, motivent suffisamment cette exigence insolite. Et, toutefois, il est bien entendu que la loi n'exige pas l'impossible, et qu'on doit considérer comme preuve suffisante de l'existence *actuelle* la preuve de l'existence à une époque assez rapprochée pour qu'il n'y ait pas lieu à concevoir actuellement de doute raisonnable sur la vie du mandant.

177 *bis.* X. La preuve à fournir de l'existence semble être exigée indépendamment de la preuve du pouvoir ou mandat, quoique le fait même de la procuration suppose nécessairement la vie de celui qui la donne. Mais, d'une part, la procuration produite est peut-être déjà ancienne, et permet le doute sur la vie actuelle de celui qui l'a donnée; d'autre part sa forme, bien que suffisante pour constituer la preuve du mandat, si la vie n'était pas mise en doute (v. art. 1985), n'est peut-être pas la forme spéciale des certificats de vie, pour lesquels on exige en général l'authenticité. Alors, évidemment, il faudrait joindre à la production de la procuration celle d'un certificat de vie. Mais, si la procuration est authentique et d'une date récente, il est clair qu'elle constituera à elle seule la preuve requise de l'existence.

177 *bis.* XI. L'absence ne dissolvant pas le mariage, j'en conclus que la femme de l'absent reste frappée de l'incapacité attachée à son état de femme mariée, et que, régulièrement, elle doit, pour contracter ou pour ester en jugement, recourir à l'autorisation de la justice (v. à cet égard art. 222). A défaut de cette autorisation, les actes, en cas de retour de l'absent, pourraient être attaqués (v. art. 225); sauf, pourtant, l'effet de l'erreur commune qui pourrait, dans cer-

tains cas, les faire maintenir, si les tiers qui ont contracté avec la femme avaient eu juste sujet de croire le mari mort (1). Mais, indépendamment même de cette circonstance, le même motif d'incertitude, qui pendant l'absence empêcherait d'attaquer un second mariage contracté par le conjoint de l'absent, doit protéger également les actes de la femme, tant qu'il n'est pas prouvé que son mari vivait au temps où elle plaidait ou contractait sans autorisation.

177 *bis.* XII. Quoique le mariage de l'absent ne soit pas dissous, c'est-à-dire, quoique sa dissolution ne soit pas prouvée, on sent bien qu'il n'est pas possible de lui faire produire à tout événement la présomption de paternité légitime établie par l'article 312. Je crois en conséquence que la légitimité de l'enfant qui naîtrait de la femme de l'absent plus de trois cents jours après le départ ou les dernières nouvelles (v. art. 315) pourrait, après la déclaration d'absence, être contestée par toute partie intéressée, et cela, comme au cas de l'article 315, sans qu'il soit besoin d'aucun désaveu; car le désaveu ne s'applique qu'à l'enfant en faveur duquel existe la présomption de paternité; or, il suffit que l'existence du mariage, au moment de la conception, soit incertaine pour que la présomption de paternité ne puisse s'établir. A ce point de vue l'on aperçoit que ce n'est pas une présomption de dissolution du mariage que les intéressés invoqueront contre l'enfant pour se placer dans les termes de l'article 315; c'est uniquement à défaut de présomption de légitimité qu'ils lui contesteront les droits attachés à la qualité d'enfant légitime.

Bien entendu, au reste, que si l'absent revient, ou qu'on ait de ses nouvelles postérieures à la conception de l'enfant, la présomption de l'article 312 reprend son empire, sauf le désaveu à faire dans les termes des articles 312, 313, 316 et 317 (2).

178. L'article 140 inséré dans cette section n'est que l'application faite au conjoint du principe qui autorise, après la déclaration d'absence, l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés au décès. Il est évident que le droit de succession irrégulière du conjoint est compris dans cette catégorie, et que celui-ci peut, en conséquence, demander l'envoi en

(1) V. Pothier, puissance maritale, n° 28.

(2) Quant au droit que les envoyés en possession pourraient avoir de désavouer l'enfant conçu avant la disparition ou les dernières nouvelles, v. ci-dessus, n° 158 *bis.* II.

possession à défaut de parents habiles à succéder. V. art. 140, joign. art. 767.

178 *bis*. Le droit à l'envoi en possession, à défaut de parents successibles, appartiendrait certainement aux enfants naturels de préférence au conjoint (v. art. 123, 723, 758, 767). Si le texte ne s'en explique pas, c'est que le droit des enfants naturels à la succession de leurs parents n'était pas encore réglé lorsqu'a été faite la loi sur l'absence.

CHAPITRE IV.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

179. La nature et la loi placent l'enfant mineur sous l'autorité, et par conséquent sous la surveillance de ses père et mère. C'est dans cette autorité que consiste principalement, chez nous, la puissance paternelle, droit commun aux deux parents, mais dont l'exercice pendant le mariage appartient exclusivement au père (v. art. 372 et 373). A la mort d'un des parents, la loi organise sous le nom de tutelle un système de protection particulière. Ce système doit naturellement recevoir son application lors de la déclaration d'absence, qui donne lieu à l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès. Aussi n'est-ce point en vue du cas d'absence déclarée que la loi avait à établir ici des règles particulières pour la surveillance des enfants mineurs; et il paraît, en effet, que telle n'a pas été son intention (v. art. 142). Son but est de régir sous ce rapport l'intervalle qui s'écoule entre la disparition et la déclaration d'absence.

179 *bis*. Observons ici que la déclaration d'absence ne donne pas toujours lieu à l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès, puisque cet exercice peut être suspendu par l'option du conjoint présent pour la continuation de la communauté. Je crois que dans ce cas il n'y a pas lieu à établissement de la tutelle, et que l'époux

présent conservera purement et simplement l'exercice du droit conféré au père par l'article 373, ou à la mère par l'article 141.

180. C'est le cas de disparition du père qui appelle principalement l'attention du législateur, puisque c'est toujours au père quand il existe qu'appartient l'exercice de l'autorité. Quant au cas de disparition de la mère, il n'y a pas à s'en occuper si le père est présent; mais il laisse aussi une lacune à remplir s'il est précédé, accompagné ou suivi du décès ou de la disparition du père.

Quoi qu'il en soit, les règles spéciales tracées dans ce chapitre sont relatives à quatre cas : 1° disparition du père, lorsque la mère est vivante et présente (art. 141); 2° et 3° disparition du père, précédée ou suivie du décès de la mère (art. 142); 4° disparition de l'un ou de l'autre parent remarié (art. 143). Nous aurons à faire l'application de ces règles: 5° au cas de la disparition de la mère veuve et non remariée; 6° au cas de mort du père, après la disparition de la mère; 7° au cas de disparition de l'un des parents, après la disparition de l'autre.

181. Dans le premier cas, la disparition du père le mettant hors d'état d'exercer l'autorité qui lui était commune avec la mère, il est naturel d'en confier immédiatement l'exercice à celle-ci. Il n'y a donc lieu ici, ni à la tutelle, qui ne s'ouvre qu'au décès d'un des parents (art. 390), ni à l'accomplissement d'aucune formalité. La mère aura la direction de l'éducation des enfants, et l'administration de leurs biens. A cet égard, *elle exercera*, dit la loi, *tous les droits du mari*. V. art. 141.

181 *bis*. I. La mère exerçant tous les droits du père son mari quant à l'administration, l'article 389 lui devient applicable. Ainsi, évidemment elle est comptable, mais ses biens ne sont pas pour cela grevés d'hypothèque légale, et il n'y a pas lieu à nommer un subrogé-tuteur. Son compte, au reste, devra s'appliquer aux revenus comme à la propriété, car elle n'est pas usufruitière, puisqu'elle n'est pas *survivante* (v. art. 384); c'est au père absent que l'usufruit

continue d'appartenir pendant toute la durée de la présomption d'absence. J'en dirais autrement après la déclaration d'absence, si toutefois il n'y a pas continuation de communauté. En effet, le même principe qui me fait considérer la tutelle comme provisoirement ouverte, doit également donner ouverture provisoire à l'usufruit de la mère, qui, bien que son mariage ne soit pas dissous, a l'exercice de tous ses droits de survie. Quant à l'effet rétroactif de la déclaration d'absence que la mère voudrait invoquer pour réclamer les fruits perçus au nom du mari pendant la présomption d'absence, je crois qu'elle ne serait pas fondée dans cette prétention (v. ci-dessus n° 152 *bis*. VII) (1).

181 *bis*. II. La mère, appelée par la loi à l'administration des biens de ses enfants mineurs, me paraît par là même affranchie de la nécessité de se faire autoriser en justice pour les actes d'administration. Ce qui me détermine surtout, c'est que l'incapacité de la femme mariée ne s'applique point, en principe, aux actes de ce genre que la femme ferait pour son propre compte. Le pouvoir de les faire lui est accordé ou refusé suivant sa convention matrimoniale (v. art. 217, 223, 1449, 1536, 1576); or, cette convention n'est relative qu'à ses propres affaires. Quant aux actes que, sous aucun régime, la femme ne peut faire pour son compte sans autorisation, *puta*, la demande ou la défense en justice, j'ai peine à croire qu'elle puisse, pour les faire au nom de ses enfants, se passer de l'autorisation de justice. Cette autorisation me paraît, en effet, nécessaire pour assurer sa responsabilité envers ceux qu'elle représente, et cette responsabilité est la condition du pouvoir même de les représenter.

181 *bis*. III. Le droit du mari, dont l'exercice est transmis à la mère quant à *l'éducation*, comprend évidemment le droit de correction, attribut légal de la puissance paternelle (v. art. 375-382). Et toutefois, il paraît difficile d'accorder à ce droit, dans la personne de la mère, la même étendue que dans la personne du père (v. art. 376, 377). Tout ce que je conclus de l'article 141, c'est que la mère pourra l'exercer quoiqu'elle ne soit pas veuve, mais avec les mêmes restrictions que si elle était veuve (v. art. 381).

(1) V. au contraire M. Duranton (tom. 1er, n° 521), dont j'avais moi-même suivi l'opinion (*Encyclopédie du droit*, v° *Absent*, n° 152 n. (3)). Mais, après réflexion, je crois devoir abandonner aujourd'hui ce sentiment.

181 *bis*. IV. L'article 141 ne comprenant dans ses termes que les droits relatifs à l'éducation des enfants et à l'administration des biens, on n'en peut tirer d'induction directe quant à la faculté qui serait réclamée par la mère de consentir seule au mariage des enfants mineurs (v. art. 148, 149), ni à celle de les émanciper (art. 477). Seulement, l'absence, même non déclarée, du père pourrait, suivant les cas, être considérée comme constituant l'impossibilité de manifester la volonté, et donner ainsi lieu à l'application de l'article 149. Elle pourrait également, mais toujours, suivant les circonstances, donner lieu à l'exercice du droit d'émancipation, qui appartient à la mère à défaut du père (art. 477). Mais, dans l'un et l'autre cas, je conseillerais de recourir préalablement à justice.

182. Que si la mère est déjà morte lors de la disparition du père, ou si elle vient à mourir depuis, la tutelle est bien ouverte par son décès (art. 390); mais cette tutelle appartient au père, dont le décès n'est ni prouvé ni présumé; il n'y a donc pas lieu, au moins jusqu'à la déclaration d'absence, de la déférer à ceux que la loi y appelle à défaut du survivant des père et mère. Toutefois, la loi veut que la surveillance des enfants soit confiée aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut seulement, à un tuteur provisoire; mais c'est au conseil de famille qu'est accordé le droit de déférer cette surveillance, qui n'est pas nécessairement une tutelle. Du reste, pour que des étrangers ne s'immiscent pas trop tôt dans le secret des affaires du présumé absent, l'exécution de ces mesures est suspendue pendant six mois. V. art. 142; voy. pourtant art. 424.

182 *bis*. I. La pensée du législateur n'est certainement pas que les enfants soient laissés à l'abandon pendant les six premiers mois de l'absence de leur père. On surseoit seulement, pendant ce temps, à l'établissement d'une administration régulière. Mais, s'il y a des mesures urgentes à prendre, et qu'il n'y soit pas spontanément pourvu par les parents et les amis, le tribunal y statuera, à la requête : soit du subrogé tuteur, s'il y en a un d'établi (v. à ce sujet, art. 424); soit des parties intéressées, en comprenant ici sous ce nom tout parent des mineurs (arg. des art. 406 et 490); ou sur la réqui-

sition du ministère public (v. art. 114 ; v. aussi art. 267 et 302). Il est clair, en effet, que l'article 112, quoiqu'il ne concerne que l'administration des biens de l'absent, doit s'appliquer *à fortiori* quand il s'agit de la protection de ses enfants.

182 *bis*. II. Lorsque, après les six mois, il y a lieu d'établir un régime officiel de surveillance, il eût paru assez naturel de déférer purement et simplement cette surveillance à ceux qui seraient appelés à la tutelle si le père était mort, et par conséquent à l'ascendant mâle le plus proche, sans intervention du conseil de famille (v. art. 402). Peut-être, en effet, l'intervention du conseil de famille n'a-t-elle été ici exigée qu'en vue du système du projet, qui, tout en appelant à la tutelle légitime l'ascendant le plus proche, la lui faisait toujours déférer par le conseil de famille, et attribuait à ce conseil le choix entre les ascendants au même degré et de même sexe (1). Il est même à remarquer que l'article du projet qui, comme notre article 142, faisait déférer la surveillance des enfants de l'absent aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire, renvoyait expressément aux règles prescrites au titre des tutelles (2).

Quoi qu'il en soit, comme il ne s'agit pas ici proprement de tutelle, la disposition spéciale de l'article 142 doit prévaloir sur celle des articles 402-404, auxquels la loi ne renvoie pas. Je crois, en conséquence, que le conseil de famille peut choisir entre les ascendants du même degré, et sans acception de sexe. Je crois aussi que l'ascendant choisi n'est pas tuteur, qu'il n'y a lieu, conséquemment, ni à hypothèque légale, ni à nomination d'un subrogé tuteur, sauf au conseil de famille qui défère la surveillance à régler les conditions de l'administration, et à exiger, suivant les cas, certaines garanties. Mais, quand, à défaut d'ascendants, c'est à un *tuteur* provisoire que la surveillance est déférée, je n'hésite pas à déclarer applicables les garanties de droit qui accompagnent la tutelle; j'entends, en conséquence, qu'il soit nommé un subrogé tuteur (art. 420), et que les biens du tuteur provisoire soient grevés d'hypothèque (art. 2121).

183. Si le parent qui disparaît était marié en secondes noces, on sent bien que la présence du beau-père ou de la

(1) V. Projet de Code civil, liv. Ier, tit. IX, art. 20.
(2) V. *ibid.*, tit. IV, art. 31.

belle-mère ne peut dispenser de pourvoir à la surveillance des enfants du premier lit, dont la tutelle, on le suppose, appartenait à l'absent (voyez, à ce sujet, art. 390, 395, 396). Dans ce cas, la disparition, soit du père, soit de la mère, donne lieu à l'application des mêmes règles que la disparition du père, précédée ou suivie du décès de la mère. V. art. 143.

184. L'application de ces règles faite par la loi elle-même à la disparition de la mère remariée (art. 143), autorise évidemment à la faire également au cas de disparition de la mère veuve et non remariée.

185. Il n'est pas moins évident que le cas de mort du père, après la disparition de la mère, doit se régir par les mêmes principes que le cas de mort de la mère après la disparition du père, cas prévu par l'article 142.

186. Enfin, il est évident encore que, s'il y a disparition successive des deux parents, les mesures que la présence de l'autre rendait sans objet, et par conséquent sans application, lors de la disparition du premier, deviennent au contraire nécessaires lors de la disparition du dernier; ce cas doit donc aussi se régir par l'article 142.

APPENDICE.

Des militaires absents.

187. L'absence des militaires a donné lieu, antérieurement et postérieurement au Code civil, à diverses dispositions qui forment, à certains égards, exception au droit commun.

Les dispositions antérieures à la publication du Code civil, et que cette publication n'a pas fait cesser, au moins tant qu'a duré l'état de guerre qui les a provoquées (Déc. 16 mars 1807) (1), ont eu pour but de protéger les militaires ou autres citoyens attachés au service de l'armée.

Ainsi, 1° des règles spéciales tendent à assurer leurs droits dans les successions ouvertes à leur profit. V. Loi 11 vent.

(1) IV, B. 140, n° 2266.

an II (1er mars 1794); Loi 16 fruct. an II (2 sept. 1794) (1). Ces règles spéciales doivent évidemment prévaloir, à leur égard, sur la disposition de l'article 113. Bien plus, les lois qui les prescrivent ne semblent pas permettre d'appliquer ici, pour simple défaut de nouvelles, l'exclusion prononcée par les articles 135 et 136.

2° Diverses mesures sont prescrites pour la conservation de leurs propriétés. V. Loi 6 brum. an V (27 octobre 1796) (2).

Dans ce nombre, nous remarquerons surtout la suspension de toute prescription, celle de toute expropriation ou dépossession, et la prohibition de mettre aucun jugement à exécution contre eux, sans fournir caution. Au reste, ces mesures extraordinaires, uniquement commandées par l'état de guerre, ont cessé dans les délais prescrits par la loi même qui les a établies, sauf la prolongation accordée par la loi du 21 décembre 1814 (3).

Quant aux lois des 11 ventôse et 16 fructidor an II, qui ne fixent aucune limite à la durée de leur application, il n'y a aucune raison pour les considérer comme simples lois de circonstances; et si, comme je l'ai dit, le Code civil ne les a point abrogées, il faut reconnaître qu'elles sont encore en vigueur.

187 *bis*. I. La survie des trois lois ci-dessus à la publication du Code civil ne peut être mise en question, puisqu'un décret spécial, postérieur au Code civil, a reconnu leur existence comme lois de l'État, en prescrivant leur publication dans des pays soumis depuis leur émission à la législation française (Décret, ci-dessus cité, du 16 mars 1807). La proposition est, s'il est possible, plus évidente encore pour la loi du 6 brumaire an V, en présence de la loi du 21 décembre 1814, qui proroge le délai accordé par l'article 2 de celle de l'an V, et marque ainsi le terme de son application.

Au reste, c'est avec raison qu'on n'a pas considéré ces lois comme abrogées par le Code civil; non que la doctrine hésite à étendre aux

(1) I, B. 51, n.° 278.
(2) II, B. 85, n° 811.
(3) V, B 64, n.° 553.

lois dites intermédiaires l'abrogation générale appliquée par la loi du 30 ventôse an XII aux diverses lois anciennes; mais c'est que l'abrogation porte seulement sur les matières qui font l'objet du Code civil, et que le Code ne s'est pas spécialement occupé de l'absence des militaires.

187 *bis*. II. Les mesures prescrites par les deux lois du 11 ventôse et du 16 fructidor an II s'appliquent à toute succession ouverte depuis le départ du militaire appelé à la recueillir. A cet égard, la loi semble comprendre dans sa prévision, et le cas de simple non-présence, et celui de présomption d'absence; car elle dispose d'une manière générale pour le cas où, dans le délai d'un mois depuis l'expédition des lettres d'avis, le militaire *ne donne pas de ses nouvelles et n'envoie pas de procuration* (v. d. L. 11 vent., art. 1 et 2). L'effet principal est certainement de suspendre en faveur du militaire, pendant toute la présomption d'absence, l'application de l'article 136 (1). Remarquons aussi que l'article 113, qui, selon moi, devient toujours applicable pendant la présomption d'absence quand l'article 136 n'est pas invoqué (v. ci-dessus n° 174 *bis*. IV), ne le sera pas ici, puisque la loi prescrit un mode spécial de représentation (v. d. L. du 11 vent., art. 2, 3 et 4). Mais, si la succession était ouverte avant le départ du militaire, on ne serait plus dans le cas de cette loi spéciale, qui ne dispose évidemment qu'en vue des successions ouvertes depuis le départ, puisqu'elle suppose l'absent attaché à un corps d'armée lors de l'apposition de scellés, qui suit toujours de très-près l'ouverture de la succession. Alors donc on serait dans le droit commun, et les articles 112 et 113 seraient appliqués au militaire comme à tout autre présumé absent.

187 *bis*. III. Quoique les termes de la loi semblent comprendre seulement le cas de succession légitime, on ne doit pourtant pas hésiter à en faire l'application aux divers droits éventuels, tels que legs ou donations de biens à venir, qui peuvent compéter au militaire absent; car on n'aperçoit pas de bonne raison de distinguer (2).

188. Quoi qu'il en soit, les militaires sont évidemment demeurés soumis au droit commun, dans tous les points pour lesquels il n'y a pas été dérogé par les lois qui leur sont particulières. On n'a donc jamais douté qu'on ne pût leur appli-

(1) V. C. c. cass. 9 mars 1819 (J. P., tom. 55, pag. 492).
(2) V. l'arrêt ci-dessus 9 mars 1819.

quer les règles relatives à la déclaration d'absence et à ses suites, sauf l'obligation imposée au commissaire du gouvernement, de demander préalablement des renseignements au ministre de la guerre ou de la marine (Circ. du min. de la just., 16 décembre 1806).

188 *bis.* Une fois qu'il est admis que la loi d'exception régit le cas d'absence sans nouvelles, il peut d'abord paraître arbitraire de borner son application à la durée de la présomption d'absence. Mais, comme, d'autre part, rien évidemment ne s'oppose à ce qu'un militaire puisse, suivant le droit commun, être déclaré absent, et qu'on ne peut alors se dispenser d'accorder à ses héritiers présomptifs l'envoi en possession des biens qu'il possédait au jour de sa disparition, il serait par trop absurde qu'on continuât à le considérer comme apte à recueillir des droits éventuels ouverts depuis sa disparition. Je n'hésite donc point à dire qu'après la déclaration d'absence la disposition exceptionnelle des lois de l'an II cessera entièrement, non-seulement pour les successions qui s'ouvriront à l'avenir, mais pour celles-là même que le militaire aura été précédemment admis à recueillir par le ministère de son curateur ; alors évidemment les articles 135 et 136 reprendront leur application jusque-là suspendue.

189. Bien plus, la position fâcheuse dans laquelle se trouvaient placées un grand nombre de familles, par suite de la disparition des militaires en activité de service dans les guerres de 1792 à 1815, devait appeler l'attention du législateur, qui a prescrit en conséquence, pour la déclaration d'absence de ces militaires, des délais moins longs et des formes moins dispendieuses que dans les cas ordinaires. Les mêmes motifs ont, de plus, fait admettre un mode particulier pour constater le décès de ces militaires. C'est l'objet de la loi du 13 janvier 1817 (1), dont il convient de donner ici l'analyse ; car, bien que spéciale pour le cas qu'elle régit, elle contient un grand nombre de dispositions susceptibles d'être tirées à conséquence, et pouvant servir, au moins comme

(1) VII, B. 131, n° 1530. Dès avant l'émission de cette loi, une ordonnance publiée en vue de sa prochaine proposition contient sur le même objet quelques règles de détail qui peuvent encore servir pour son application. V. Ord. 3 juillet 1816 (VII, B. 97, n° 865).

raison écrite, à combler quelques lacunes laissées par le Code civil.

190. La disparition du militaire ou marin avant le 20 novembre 1815 donne lieu immédiatement, de la part de qui de droit (v. d. L. art. 1 et 2), à la demande tendant soit à la déclaration d'absence, soit à la constatation du décès, soit à l'une de ces fins à défaut de l'autre. V. d. L., art. 1.

191. La demande, appuyée de pièces justificatives, est communiquée au commissaire du gouvernement, et par lui adressée au ministre de la justice, qui, pour obtenir des renseignements, transmet le tout au ministre compétent, et donne à la demande la publicité prescrite par l'article 118 pour les jugements d'absence. V. d. L., art. 2.

192. Suivant les renseignements obtenus qui lui reviennent par la même voie, le commissaire du gouvernement, s'il reçoit l'acte de décès (v. à ce sujet d. L., art. 10), le renvoie à l'officier de l'état civil, qui doit se conformer à l'article 98. Il remet le surplus des pièces au greffe, après avis dônné à l'avoué des requérants; et, à défaut de l'acte de décès qui terminerait tout, il donne ses conclusions. V. d. L., art. 3.

193. Sur le vu du tout, et suivant la nature des renseignements, le tribunal, dans sa prudence, peut : ajourner l'instruction pour un an au plus; ordonner les enquêtes prescrites par l'article 116 du Code civil; ou enfin déclarer l'absence sans autre instruction. Mais, dans aucun cas, la déclaration d'absence ne peut être prononcée, s'il n'est prouvé que la disparition remonte à deux ans ou à quatre ans, suivant que le militaire ou marin servait en Europe ou hors d'Europe. V. d. L., art. 4.

194. Le tribunal peut aussi déclarer le décès, et ordonner à cet effet la preuve testimoniale, s'il est établi, par attestation du ministre compétent, ou par toute autre voie légale, soit qu'il n'y a pas eu de registres, soit qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, soit seulement que leur tenue a éprouvé des interruptions. L'admission de la preuve testi-

moniale, en pareil cas, n'est que l'application du droit commun (Cod. civ., art. 46; v. ci-dessus n° 91 *bis*. I). Mais ce qu'il y a, selon moi, de particulier, c'est que cette preuve doit amener ici une déclaration de décès, qui interviendra sur requête une fois pour toutes. Ici, donc, comme quand il s'agit de déclaration d'absence (v. Cod. civ., art. 116), les enquêtes ont lieu contradictoirement avec le commissaire du gouvernement. V. d. L., art. 5.

195. Le jugement déclaratif de l'absence ou du décès ne peut intervenir qu'un an après la publication de la demande. Ce delai tient lieu du délai semblable prescrit par le Code civil entre le jugement préparatoire et le jugement définitif. V. d. L., art. 6.

196. Les règles ordinaires de la procédure sont ici modifiées en vue d'économie; ainsi, la rédaction des jugements ne contient que les éléments les plus essentiels, conclusions, sommaire des motifs, et dispositif; les jugements interlocutoires peuvent être délivrés par simple extrait contenant seulement le dispositif; les enquêtes sont mises en minute sous les yeux des juges. V. d. L., art. 7.

197. Les jugements sont susceptibles d'appel. Le droit d'appel est avec raison reconnu au ministère public, légitime contradicteur des requérants. Mais son appel doit être interjeté dans le délai spécial d'un mois à partir du prononcé. Les appels sont portés à l'audience sur simple acte. V. d. L., art. 8; v. ci-dessus n° 146 *bis*. III.

198. Ici, comme dans les cas ordinaires, le jugement de déclaration d'absence peut immédiatement donner lieu à l'envoi en possession provisoire; mais le délai de la déclaration d'absence étant abrégé, sans égard même à la procuration que l'absent aurait, par hypothèse, laissée (v. à ce sujet Cod. civ., art. 121, 122); cette circonstance est prise en considération pour réserver à l'absent de retour, sous les déductions de droit, les fruits des dix premières années d'absence. V. d. L., art. 9-al. 1 (nonobst. Cod. civ., art. 127).

199. L'envoi provisoire ne s'obtient toujours que sous caution ; mais la loi réserve ici spécialement aux juges le pouvoir d'admettre les requérants, s'ils possèdent des immeubles suffisants, à se cautionner sur leurs propres biens. V. d. L., art. 9-al. dernier.

200. Suivent quelques dispositions explicatives qui se réfèrent aux dispositions précédentes.

Ainsi, l'on a vu que la procédure s'arrête, et qu'aucun jugement n'est nécessaire, lorsque les premières démarches amènent la production de l'acte de décès. Cela s'entend sans difficulté de l'acte de décès dressé hors du territoire français, dans les termes des articles 88 et suivants. Mais la même force probante est ici spécialement appliquée aux actes ainsi dressés en France, dans les corps ou détachements faisant partie d'une armée active, ou dans la garnison d'une ville assiégée. V. d. L., art. 10 ; v. ci-dessus n° 118 *bis*. I.

201. C'est naturellement aux héritiers présomptifs ou à l'épouse de militaire ou marin que la loi attribue qualité pour former la demande en déclaration d'absence ou de décès. Toutefois, en principe, ce droit doit appartenir à toute partie intéressée (v. Cod. civ., art. 115). Ce principe est ici déclaré applicable, notamment aux créanciers, mais à la condition d'interpeller préalablement les héritiers présomptifs et l'épouse, principaux intéressés, et seulement un mois après que l'interpellation leur a été signifiée. V. d. L., art. 11 ; v. ci-dessus n°s 145 *bis*. I et II ; 152 *bis*. I.

202. La loi détermine précisément les diverses classes de personnes auxquelles ses dispositions exceptionnelles sont applicables ; elles le sont de droit aux fonctionnaires de divers ordres reconnus tels par production de brevets ou commissions, ou par inscription sur des registres ou contrôles réguliers. Quant aux autres personnes à la suite des armées, elle permet aux tribunaux de les leur appliquer s'il y a preuve ou document suffisant sur leur profession et sur leur sort. V. d. L., art. 12.

203. Sauf les dispositions dérogatoires et exceptionnelles qui viennent d'être exposées, les dispositions du Code civil sur les absents demeurent au surplus applicables. V. d. L., art. 13.

TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

204. Les différences importantes que le mariage introduit dans l'état civil, soit des contractants eux-mêmes, soit des enfants qui en proviennent, marquaient ici la place de ce titre.

Le mariage, élevé par la religion chrétienne à la dignité de sacrement, n'est dans son essence primitive qu'un contrat (v. art. 1101) soumis, comme tous les autres, aux lois de la puissance séculière, et dont les conditions et les effets sont réglés, en partie par le droit naturel, en partie par le droit positif. C'est sous ce point de vue seulement que nous avons à nous en occuper.

L'orateur du gouvernement définit le mariage : « La société » de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer » leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter » le poids de la vie ; et pour partager leur commune destinée. » Cette définition fait bien ressortir l'honneur et la dignité de l'union conjugale, si étrangement défigurée par certains philosophes. L'importance de cette union dans l'ordre social explique assez le soin qu'a pris le législateur d'assujettir le mariage à des règles particulières, qui le font sortir de la classe des contrats ordinaires.

La loi soumet l'existence du mariage à l'accomplissement de certaines formes ou conditions ; l'absence de quelqu'une de ces conditions peut donner lieu aux oppositions ou même à la nullité. Le mariage valablement contracté entraîne à sa

suite des droits et des obligations, qui ne se concentrent pas dans la personne des conjoints. Enfin, le mariage peut se dissoudre, et sa dissolution peut donner lieu à un second mariage.

Tel est l'ordre d'idées qui paraît avoir réglé la composition de ce titre, divisé en huit chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

205. Le mariage étant une société ne peut s'établir que par le consentement mutuel. Les devoirs qu'impose cette société ne souffrent pas de partage ; elle ne peut donc exister qu'entre personnes libres d'un autre engagement. La fin principale du mariage étant la procréation des enfants, il ne peut être contracté par ceux qui ne sont pas en âge d'engendrer. Il est évident encore que les liens d'un autre ordre qui unissent certaines personnes entre elles ne sauraient leur permettre l'union du mariage. Enfin deux puissants motifs peuvent exiger l'intervention des familles à l'engagement des contractants : d'une part l'importance de cet engagement comparée à la faiblesse de leur âge ; de l'autre, l'intérêt même de ces familles, dans lesquelles le mariage d'un de leurs membres doit en introduire de nouveaux.

Telles sont les vues générales qui ont guidé tous les législateurs, et dont notre Code a fait l'application aux besoins particuliers de notre société.

Ainsi, les conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont relatives, 1° à l'âge des contractants (art. 144, 145) ; 2° à leur consentement (art. 146) ; 3° à la liberté d'un premier lien (art. 147) ; 4° au consentement des personnes sous la dépendance desquelles les contractants se trouvent placés (art. 148-160) ; 5° aux causes qui interdisent le ma-

riage entre certaines personnes, principalement la parenté ou l'alliance à un certain degré (art. 161-163).

206. La puberté est plus tardive en France que sous le climat de Rome et d'Athènes. D'ailleurs la faculté d'engendrer n'est pas la seule considération qui doive faire exiger un certain âge. C'est donc avec grande raison que notre Code, s'éloignant du droit romain (1) et de l'ancien droit français, plus encore que ne l'avait fait la loi intermédiaire (2), diffère jusqu'à dix-huit ans révolus pour les hommes, et quinze ans révolus pour les femmes, la capacité de se marier. V. art. 144 (voir à ce sujet art. 184).

Toutefois, des circonstances particulières rendront quelquefois nécessaire de hâter le mariage. Le chef de l'État peut donc accorder une dispense d'âge; à lui appartient l'appréciation des motifs; la loi veut seulement que ces motifs soient graves. V. art. 145, et Arrêté du 20 prairial an x (9 juin 1803) (3), art. 1, 2 et 5.

207. C'est le consentement qui fait le mariage, les autres conditions sont nécessaires pour sa validité ou sa régularité; mais sans consentement on ne conçoit pas de mariage, et la loi dit avec raison qu'il n'y en a pas. V. art. 146 (v. à ce sujet art. 180, 181).

207 *bis*. L'absence de consentement, faisant entièrement défaillir le simulacre de mariage qui pourrait exister, ne doit évidemment pas se confondre avec le simple vice de consentement, qui pourrait bien être une cause de nullité, mais d'une nullité purement relative et susceptible de se couvrir (v. art. 180, 181). Le cas d'absence entière du consentement n'est pas même rappelé au chapitre des nullités du mariage, parce que c'est un cas rare, et qui doit difficilement se rencontrer avec une célébration en forme constituant l'apparence du mariage. Mais, si le cas se présentait, et cela n'est pas absolument impossible, cette omission n'empêcherait pas les parties intéressées d'invoquer, en quelque temps que ce fût, le principe ici

(1) V. *Just.*, Inst., pp. *de nupt.*; pp. *quib. mod. tut. fin.*
(2) V. L. 20 sept. 1792, tit. IV, art 1er.
(3) III, B. 285, n° 2792.

posé, et les tribunaux d'en faire l'application pour déclarer la nullité.

208. La loi française, conforme aux vrais principes du droit naturel, n'admet le mariage qu'entre un seul homme et une seule femme; cette règle reçoit son application indépendamment de toute croyance religieuse. Un premier mariage, tant qu'il n'est pas dissous, ne permet donc point d'en contracter un second. V. art. 147 (v. à ce sujet art. 172, 184).

209. L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371). Le même devoir existe envers les ascendants. D'un autre côté, l'amour éclairé des parents peut opposer un frein salutaire aux passions qui, trop souvent, emportent vers un engagement imprudent. Ce frein, toujours utile, est surtout nécessaire à la jeunesse. Telles sont les considérations qui, jointes à l'intérêt de famille, font exiger, pour le mariage des mineurs, le *consentement;* et pour celui des majeurs, au moins le *conseil* des père, mère, aïeuls et aïeules. C'est d'après les mêmes vues que le législateur, lorsqu'il existe des ascendants, diffère jusqu'à vingt-cinq ans la majorité de l'*homme* pour le mariage.

210. La loi règle l'ordre dans lequel doivent intervenir les divers consentements requis pour le mariage des enfants mineurs. C'est dans le père et la mère qu'elle place d'abord toute l'autorité, en attribuant, comme de raison, la prépondérance au père, dont l'avis, en conséquence, prévaudrait en cas de dissentiment; et en s'en rapportant à l'un d'eux seul, si l'autre est mort, ou s'il est seulement dans l'impossibilité de manifester sa volonté. V. art. 148, 149.

210 *bis.* En principe, le consentement de la mère étant requis, et le consentement du père ne suffisant seul qu'au cas de dissentiment, ou d'impossibilité pour la mère de manifester sa volonté, il est clair que la loi n'autorise pas à agir à l'insu de la mère vivante, capable et présente. Il faut donc justifier à l'officier de l'état civil, soit de la mort ou incapacité de la mère, soit de son refus de consentir. Régulièrement, selon moi, le dissentiment devrait être constaté par un

acte respectueux et formel, ou l'on devrait par analogie appliquer les articles 151, 153, 154.

Toutefois, la loi n'ayant pas expressément prescrit l'emploi de cette forme, il serait difficile d'appliquer à son omission la disposition pénale de l'article 157.

Il est clair d'ailleurs qu'on ne pourrait accorder à la mère le droit d'opposition qui ne lui appartient qu'*à défaut du père* (v. art. 172).

Encore moins pourrait-on, sous prétexte que le consentement de la mère était requis et n'a pas été demandé, annuler le mariage auquel le père a consenti; car le consentement de la mère n'était pas absolument requis, puisqu'on pouvait s'en passer; dès lors les articles 182 et 183 ne sont pas applicables.

211. Lorsque ni l'un ni l'autre n'existe ou ne peut manifester sa volonté, l'autorité passe aux ascendants et se répartit également entre les deux lignes. La prépondérance du sexe existe bien dans chacune en particulier, pour le cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule; mais ni le nombre ni le sexe des parents qui composent une ligne ne fait prévaloir sa volonté sur celle de l'autre. En cas de partage, c'est la faveur du mariage qui l'emporte. V. art. 150.

211 *bis*. I. Les aïeuls et aïeules sont appelés par la loi à remplacer les père et mère :

1° Quant au droit exclusif de consentir au mariage des mineurs, et quant à l'effet de prolonger sous ce rapport jusqu'à vingt-cinq ans la minorité des enfants mâles (art. 150, 160);

2° En ce qui touche l'obligation pour les majeurs de requérir leur conseil (art. 151);

3° Quant au droit de former opposition (art. 173).

A ces divers égards, nous pensons que sous le nom d'aïeuls et aïeules il faut comprendre les ascendants de tous les degrés, en ce sens que les ascendants du degré le plus éloigné seraient appelés à remplacer les ascendants du degré plus proche, comme les aïeuls remplacent les père et mère.

On peut le décider ainsi sans forcer le sens du mot *aïeul;* cela, du reste, est conforme, et aux principes constitutifs de la famille, et

à la théorie du législateur dans les cas analogues de tutelle et de succession.

En effet, pour la tutelle légitime comme pour le droit de succession, le privilége de l'ascendance existe indépendamment du degré, qui sert seulement à régler pour chaque ascendant l'ordre de vocation.

A l'appui de cette solution, on n'invoquera pas les articles 154, 155, qui emploient l'expression générique d'ascendant; car l'emploi de cette expression pourrait là n'avoir pour but que de comprendre sous une dénomination commune les père et mère et les aïeuls et aïeules. Mais il y a un fort argument à tirer de l'article 174, qui, n'accordant aux collatéraux le droit de former opposition qu'à défaut d'*aucun ascendant*, semble bien supposer que tous les ascendants sont compris, par l'article précédent, sous le nom d'aïeuls. Autrement d'ailleurs aucun article de la matière ne s'appliquerait aux ascendants des degrés supérieurs; et la conséquence serait de refuser absolument à un bisaïeul un droit qui, dans certaines limites, appartient même à des cousins.

Si donc le sens étendu du mot aïeul se trouve ainsi fixé dans l'article 172, on ne voit pas de raison pour l'interpréter autrement dans les articles 150, 151, 156 et 160.

Ma conclusion est que le droit de consentement, de conseil et d'opposition au mariage des enfants est commun aux ascendants de tous les degrés.

211 *bis*. II. Cela posé, il reste à examiner dans quel ordre ils exercent ce droit. A cet égard, je ne vois aucune difficulté à faire exclure dans chaque ligne le plus éloigné par le plus proche. C'est à quoi l'on arrive, soit qu'on argumente des principes de la tutelle légitime ou de ceux de la succession (v. art. 402 et 746).

Mais je vais plus loin; et, préférant ici l'argument tiré de la tutelle à l'argument tiré du droit de succession, parce que la matière est plus analogue, je ferais toujours prévaloir la proximité du degré sur la considération de la ligne. Ainsi, de même que le père ou la mère survivant donne certainement l'exclusion aux aïeuls de l'une ou de l'autre ligne (art. 149 et 150, 151, 173), de même je préférerais l'ascendant le plus proche aux ascendants plus éloignés de l'une ou de l'autre ligne. C'est seulement quand les ascendants de chaque ligne seront à degré égal, qu'alors, sans avoir égard au nombre,

qui peut être plus grand dans une ligne que dans l'autre, j'attribuerai, avec l'article 150, au dissentiment entre les deux lignes l'effet d'emporter consentement.

Ma doctrine est donc que la considération de la ligne prévaut sur celle du nombre, mais que la considération du degré prévaut sur celle de la ligne.

212. Après la majorité pour le mariage, le consentement des père et mère ou autres ascendants n'est plus nécessaire, mais leur conseil doit être requis dans l'ordre ci-dessus indiqué. La loi exige à cet effet un acte respectueux et formel. V. art. 151. Ce devoir imposé aux enfants de l'un et de l'autre sexe, quel que soit leur âge, s'applique cependant plus ou moins rigoureusement, eu égard à l'âge et au sexe. La loi, au reste, règle la marche à suivre pour que le conseil soit requis dans la forme la plus respectueuse, la plus propre à constater la volonté des ascendants, et à laisser aux enfants ou descendants le temps de la réflexion. Elle ne veut pas que l'acte destiné à notifier la réquisition des enfants et la réponse de l'ascendant ait le caractère d'une *sommation;* elle préfère en conséquence, pour cette notification, le ministère des notaires à celui des huissiers (art. 152, 153, 154).

D'après ces vues, les fils au-dessous de trente ans, et les filles au-dessous de vingt-cinq ans, sont assujettis à renouveler deux autres fois l'acte respectueux qu'ils auraient fait une première fois sans succès (1). Chaque acte doit être séparé par un mois d'intervalle, et dans aucun cas le mariage ne doit être célébré avant un mois depuis le troisième acte ou depuis l'acte unique. V. art. 152, 153.

La notification se fait par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins. Il en est, comme de raison, dressé procès-verbal, dans lequel on fait mention de la réponse, *ajoutons* ou du défaut de réponse. V. art. 154.

(1) Cette obligation de renouveler n'existant pour les filles qu'au-dessous de vingt-cinq ans (art. 152), il est clair que la faculté de passer outre sur un seul acte, proclamée par la loi *après l'âge de trente ans* (art. 153), existe pour les filles dès l'âge de vingt-cinq.

212 *bis*. Il peut paraître convenable, pour donner à la démarche un caractère plus respectueux, que l'enfant accompagne chez l'ascendant les notaires chargés de notifier l'acte. Dans le même but, il est peut-être à désirer que la notification soit faite à personne.

Du reste, et au rapport même de la simple convenance, l'un et l'autre point, et le premier surtout, me sembleraient contestables, eu égard à la diversité des circonstances. Mais ce qui me paraît certain, c'est que ni l'un ni l'autre n'est prescrit par la loi. C'est aux notaires seuls qu'est confiée la mission de notifier (1). Cette *notification,* malgré l'adoucissement de l'expression, n'est, à bien dire, qu'une *signification,* qui doit se faire dans la forme ordinaire, c'est-à-dire à personne ou domicile. Il est vrai que la loi prescrit de mentionner la réponse dans le procès-verbal, ce qui n'est possible qu'autant qu'il y a réponse, et par conséquent notification à personne. Mais cela doit s'entendre en ce sens que la réponse sera mentionnée, *si réponse il y a*. J'admets qu'il sera en général du devoir des notaires de chercher à pénétrer près de l'ascendant pour obtenir la réponse; mais ce n'est là qu'un devoir moral; et, si on le convertissait en une obligation stricte, on laisserait à l'ascendant le moyen d'empêcher indéfiniment le mariage : il lui suffirait pour cela de se soustraire, et de rendre ainsi impossible la notification de l'acte respectueux (2).

213. L'obligation, soit d'obtenir le consentement des ascendants, soit au moins de requérir le conseil, ne cessant que pour les personnes qui n'ont plus d'ascendants en état de manifester leur volonté, il est clair qu'on ne peut se dispenser de rapporter les consentements, ou de produire les actes respectueux, sans fournir la preuve légale du décès ou de l'impossibilité de manifester la volonté. A cet égard, la loi prévoit seulement le cas où l'absence, même non déclarée, d'un ascendant ne permet pas de lui notifier l'acte respectueux; elle autorise alors à passer outre sur la représentation de la preuve d'absence. Cette preuve peut résulter : soit du jugement de déclaration, s'il est déjà intervenu; soit du jugement préparatoire qui le précède; soit enfin d'un simple

(1) V. C. c. Rej. 14 nov. 1807 (J. P., tom. 22, pag. 257).
(2) V. C. c. Rej. 11 juill. 1827 (J. P., tom. 80, pag. 172).

acte de notoriété. L'acte de notoriété, délivré par le juge de paix du dernier domicile connu, contient la déclaration de quatre témoins appelés d'office. V. art. 155, et remarquez que la loi ne prescrit pas ici, comme au cas de l'article 72, l'homologation de l'acte de notoriété.

Au reste, le cas dont il s'agit n'a pas paru tellement réglé par la loi qu'il ne restât d'ailleurs à la disposition des principes généraux et du droit commun. En conséquence, un avis du conseil d'État, faisant l'application de ces principes, a décidé :

1° Que l'attestation du décès des père et mère, faite par les aïeuls ou aïeules, avec énonciation dans l'acte de mariage, suppléerait à la production de l'acte de décès;

2° Qu'en cas de décès (ajoutons ou d'absence) des père et mère, aïeuls ou aïeules, *dont le consentement ou conseil est requis*, si l'ignorance du dernier domicile empêche de produire l'acte de décès ou la preuve légale de l'absence (c'est-à-dire l'acte de notoriété prescrit par l'acticle 155), il suffit, *pour le mariage des majeurs*, que l'ignorance du lieu du décès ou du dernier domicile soit attestée par le serment des parties et des quatre témoins à l'acte de mariage, avec mention dans cet acte. V. Avis du cons. d'État 4 thermidor an XIII (23 juillet 1805) (1).

213 *bis*. I. Le cas prévu par l'article 155 est uniquement celui d'absence d'un ascendant *auquel eût dû être fait l'acte respectueux*. Ses termes donc ne comprennent pas le cas d'absence d'un ascendant dont le consentement était nécessaire. Et comme l'omission du consentement requis est bien plus grave, en elle-même et par ses conséquences, que l'omission de l'acte respectueux, on ne peut guère admettre que les justifications déclarées par la loi suffisantes pour autoriser, dans un cas, à passer outre doivent, par là même, être considérées comme suffisantes dans l'autre.

Toutefois, la loi elle-même dispense d'obtenir le consentement des père et mère ou ascendants, lorsqu'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté (art. 149, 150, 160); et l'on ne peut nier

(1) IV, B 51, n° 838.

que l'absence ne soit un obstacle majeur à cette manifestation. Je n'hésite pas à en conclure que le jugement de déclaration d'absence suffirait toujours et indistinctement. Mais, ni les principes, ni les termes de la loi n'autorisent à en dire autant des autres modes de justification autorisés par l'article 155. Si donc l'absence de l'ascendant dont le consentement serait exigé n'est pas déclarée, un jugement spécial paraîtrait nécessaire pour déclarer en connaissance de cause l'impossibilité de manifester la volonté, et permettre en conséquence de passer outre, en remplaçant, s'il y a lieu, le consentement de l'absent par celui des personnes appelées à consentir, à son défaut.

213 *bis*. II. Il faut bien avouer pourtant que l'avis du conseil d'État ci-dessus s'éloigne de la sévérité de cette doctrine.

En effet : 1° il autorise indistinctement à remplacer la production de l'acte de décès des père et mère par l'attestation des ascendants;

2° Il reconnaît, virtuellement, applicables au cas où le *consentement* des ascendants absents était requis, les modes de justification autorisés par l'article 155, et permet même d'y suppléer par l'attestation à serment des futurs et des quatre témoins.

Il est vrai qu'il n'applique cette dernière disposition qu'au mariage des majeurs; mais, évidemment, il entend par là les majeurs de 21 ans, sans distinguer s'ils sont ou non majeurs pour le mariage; car il comprend dans sa règle, le cas même où c'était le consentement et non pas seulement le conseil de l'ascendant absent qui était requis.

Quant aux mineurs de 21 ans, sa pensée, exprimée dans les considérants, est que le consentement du conseil de famille doit suffire pour écarter toute crainte, proposition qui pourtant ne peut pas signifier qu'on serait alors dispensé de justifier d'une manière quelconque de l'absence ou du décès de l'ascendant, mais seulement qu'on ne devrait pas se montrer sévère dans l'admission des modes de justification.

213 *bis*. III. Quoi qu'il en soit, et quelle qu'ait pu être à cet égard la pensée qui a dicté l'avis du conseil d'État, c'est à son dispositif seul qu'on est tenu de s'attacher. Or, ce dispositif est borné à deux points :

1° Faculté de remplacer la production de l'acte de décès des

père et mère par l'attestation des aïeuls ou aïeules ; et cela, sans distinction entre le mariage des mineurs et celui des majeurs ;

2° Pour le mariage des *majeurs,* mais des majeurs seulement, faculté supposée d'appliquer la disposition de l'article 155 au cas même où c'était le consentement, et non pas seulement le conseil de l'ascendant absent, qui était requis ; et, lorsque l'ignorance du dernier domicile rend impossible l'application de cet article, faculté de remplacer l'acte de notoriété par la déclaration à serment des contractants et des témoins.

Quant au mariage des mineurs de 21 ans, rien dans le dispositif n'autorise, soit à faire l'application de l'article 155 hors de ses termes, soit à considérer le consentement du conseil de famille comme autorisant à passer outre sans justification légale du fait que l'ascendant est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Or, cette justification légale, je ne puis la trouver que dans le jugement de déclaration d'absence ou dans une décision judiciaire spéciale.

Évidemment encore, c'est à cette décision judiciaire spéciale qu'il faudra recourir, à défaut de déclaration d'absence du père ou de la mère, lors même que les ascendants présents donneraient leur consentement, si ceux-ci ne sont pas en état d'attester, et s'ils n'attestent pas effectivement le décès.

J'ajoute que l'effet accordé à l'attestation du décès des père et mère par les aïeuls ou aïeules ne devrait pas être tiré à conséquence pour faire attribuer le même effet à l'attestation du décès d'un des père et mère par l'autre, ou à l'attestation du décès d'un aïeul par un autre aïeul. Je verrais surtout beaucoup de difficulté à faire cette application si c'était la mère qui prétendait attester ainsi le décès du père, ou l'aïeule le décès de l'aïeul.

213 *bis*. IV. Un point, selon moi, incontestable, c'est que l'interdiction constitue l'impossibilité légale de manifester la volonté. Ainsi, soit qu'il s'agisse de consentement ou de simple conseil, il peut certainement être passé outre à la célébration, si l'on représente le jugement d'interdiction de l'ascendant.

214. Le défaut des consentements requis pourrait entraîner la nullité du mariage (art. 182, 183). La même sanction n'est pas attachée à l'inobservation de la loi sur les actes respectueux ; mais la sanction commune aux deux cas, et qui, tou-

jours d'après les mêmes vues, s'applique plus rigoureusement au premier, consiste dans les peines d'amende et d'emprisonnement (1) encourues par l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage. V. art. 156, 157; C. pén., 193.

Remarquons seulement : 1° qu'à s'attacher aux termes du Code civil (art. 156), la peine, au moins s'il s'agissait des consentements nécessaires, serait encourue pour le simple défaut d'énonciation dans l'acte (v. pourtant C. pén., art. 193); 2° que la condamnation, aux termes du même article 156, se prononce *à la diligence des parties intéressées et du procureur du roi* (v. au surplus C. instr. crim., art. 1, 63, 182).

214 *bis*. I. Il ne faut pas s'attacher strictement aux termes de l'article 156, et voir l'infraction punissable dans le seul fait du défaut d'énonciation des consentements requis. A cet égard, l'article doit s'interpréter, et par l'article suivant relatif au défaut d'actes respectueux, et surtout par l'article 193 du Code pénal. Le fait auquel s'applique la peine, c'est de ne s'être point assuré des consentements ; tout ce qu'il faut conclure des termes de l'article 156, c'est que l'officier de l'état civil sera réputé, jusqu'à preuve contraire, ne s'en être pas assuré s'il a omis de l'énoncer dans l'acte. Du reste, et malgré le silence de la loi, j'en dirais autant si les actes respectueux n'étaient pas énoncés.

214 *bis*. II. Il est clair que les parties intéressées ne peuvent conclure à l'application de la peine (v. C. instr. crim., art. 1). Sous ce rapport, leur diligence ne tendra jamais directement à la condamnation. Ce qu'elles peuvent faire, c'est de rendre plainte et de se constituer parties civiles (v. C. instr. crim., art. 63, 66, 67), ou de porter directement devant le tribunal de police correctionnelle leur action en dommages et intérêts (v. C. instr. cr., art. 182). Quant au principe de cette action, elles le trouveront toujours dans l'article 1382.

215. Les rapports de soumission, de déférence et de pro-

(1) A l'égard de l'amende, le Code civil se bornait, pour les deux cas, à en fixer le *maximum* à 300 francs (art. 156, 157, 192). Le Code pénal, qui ne prévoit que le premier, en fixe le *minimum* à 16 francs (C. pén., art. 193).

Quant à la durée de l'emprisonnement, le Code civil en fixait seulement le *minimum*, dans le premier cas à six mois (art. 156), dans le second cas à un mois (art. 157). Le Code pénal, statuant, comme on l'a dit, sur le premier cas, fixe le *maximum* à un an (C. pén., art. 193).

tection, qui lient les enfants de famille à leurs ascendants, sont communs aux enfants naturels, à l'égard de leurs père et mère. Tout ce qu'on a dit des uns s'applique donc également aux autres, sauf que, n'ayant pas aux yeux de la loi d'autres ascendants que les père et mère qui les ont légalement reconnus, c'est uniquement de ceux-ci que les enfants naturels doivent obtenir le consentement ou requérir le conseil. V. art. 158.

A défaut de père et de mère, l'enfant naturel mineur ne doit point être laissé sans protection; la loi subordonne son mariage au consentement d'un tuteur *ad hoc*. V. art. 159.

215 *bis*. La loi ne dit pas par qui sera nommé le tuteur *ad hoc*. De droit commun, les tuteurs sont nommés par un conseil de famille. Mais ici il n'y a pas de famille, et c'est précisément pour cela que la règle générale de l'article 160 a dû être remplacée par une règle spéciale. Dès lors, dans le silence de la loi, il semblerait naturel de recourir pour cette nomination à la juridiction ordinaire des tribunaux de première instance, à qui appartient, par la force des choses, la décision des cas non prévus. On entrerait ainsi, jusqu'à un certain point, dans l'idée du tribunal de cassation, qui, au cas prévu par l'article 159, avait proposé de soumettre purement et simplement le mariage à l'autorisation du tribunal (1).

Quoi qu'il en soit, l'usage s'étant introduit pour les tutelles des enfants naturels, que la loi n'a pas réglées, d'appliquer par analogie les dispositions du droit commun sur les tutelles datives, et d'organiser, à cet effet, un conseil de famille improprement dit, formé de six personnes choisies par le juge de paix et délibérant sous sa présidence, je pense que cette forme doit être appliquée pour la nomination du tuteur *ad hoc*.

216. Pareillement, l'enfant de famille qui n'a point d'ascendants est majeur, pour le mariage comme pour tous les actes de la vie civile, à l'âge de vingt-un ans; mais jusque-là il lui faut pour se marier le consentement du conseil de famille. V. art. 160.

(1) V. Observations du tribunal de cassation sur l'article 16 du projet (Fenet, tom. 2, pag. 455 et 456).

216 *bis.* Le consentement du conseil de famille semble exigé ici comme l'est dans les autres cas celui des père et mère ou des ascendants, auquel rien ne peut suppléer, et dont rien ne peut arrêter l'effet.

Si donc l'avis de la famille est unanime, comme c'est son consentement qui est la condition du mariage, je ne crois pas que l'action des tribunaux puisse intervenir pour suppléer à cette condition ou pour détruire l'effet de son accomplissement.

Mais, s'il y a division, je ne vois pas pourquoi l'on n'appliquerait pas ici, comme dans tous les cas, la disposition de l'article 883 du Code de procédure, pour permettre aux membres dissidents de se pourvoir contre la délibération, en dirigeant leur demande contre ceux qui ont formé la majorité. Et quoi de plus raisonnable, en effet, que d'ouvrir le débat contradictoire entre les membres de la famille divisée, et de s'en remettre à la justice pour prononcer sur ce débat? Nous voyons même qu'autrefois cette intervention du juge était admise, soit que la famille fût ou non divisée, lorsque ce n'étaient pas les père et mère qui refusaient le consentement (1).

Quoi qu'il en soit, le recours aux tribunaux appartient exclusivement aux membres dissidents de l'assemblée, et il ne pourrait être exercé ni par le mineur lui-même, auquel ne s'appliquent point les termes de l'article 883, ni même par le tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, qui, n'ayant point fait partie de l'assemblée, voudrait agir en l'une de ces qualités. Aucune d'elles, en effet, ne donne droit de s'immiscer dans la question du mariage du mineur, question dont l'examen est réservé aux seuls membres de la famille.

217. Les rapports établis entre les personnes par les liens de parenté et d'alliance, rapports plus ou moins intimes suivant la ligne et le degré, ont dû faire prohiber, dans certaines limites, le mariage entre parents ou alliés.

La parenté est le lien qui unit les personnes qui descendent l'une de l'autre, ou qui descendent d'une même souche; elle est légitime ou naturelle, suivant qu'elle résulte ou non de légitimes mariages.

Sur la manière de compter les degrés de parenté et sur la

(1) V. Poth, *Contr. de mariage*, n° 336.

distinction des lignes directe et collatérale, voyez les articles 735-738.

L'alliance ou affinité est le lien qui unit l'un des époux et les parents de l'autre; mais notre droit ne reconnaît point d'alliance entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre, ni entre l'un des époux et les alliés de l'autre. Du reste, l'alliance, toujours produite par la parenté, emprunte évidemment de celle-ci sa ligne et son degré.

217 *bis*. I. Produite par la parenté, l'alliance légitime lui empruntera aussi la qualité de légitime ou de naturelle. Ainsi l'alliance d'un conjoint avec les parents légitimes de son conjoint sera elle-même légitime; et elle sera simplement naturelle avec ses parents naturels: l'une comme l'autre constituerait évidemment l'empêchement proclamé par les articles 161 et 162.

A un autre point de vue, on pourrait appeler alliance naturelle l'espèce d'affinité que le droit canonique, autrefois suivi en France, fait résulter du commerce charnel de deux personnes, entre chacune d'elles et les parents de l'autre (1). S'il en est ainsi, l'empêchement établi entre alliés par les articles 161 et 162 se trouvera applicable à ce cas. Cette décision, il est vrai, s'écarterait du principe du droit romain, qui plaçait exclusivement dans le mariage la cause de l'affinité; si bien qu'un mariage illégitime ne l'aurait pas produite (v. *Modestinus,* L. 4, §§ 4 et 8, *De grad. et aff.*).

Mais, sans examiner si l'union illicite n'aurait pas au moins produit à Rome un empêchement d'honnêteté publique, ce qui était certain pour le cas de concubinat (2), l'autorité du droit romain ne me paraît pas ici décisive en présence de notre ancien droit, qui reconnaissait une affinité naissant du commerce charnel; car le mot allié n'étant point plus défini par le Code civil qu'il ne l'était par la loi immédiatement antérieure du 20 septembre 1792, qui consacrait aussi l'empêchement d'alliance (3), c'est plutôt dans le droit canonique, qui, avant cette loi, régissait sur ce point la France, que dans le droit romain qu'il convient de chercher la véritable acception de ce mot. C'est le seul moyen d'empêcher des mariages scandaleux,

(1) V. Poth., *Contr. de mariage*, n° 162.
(2) V. *Alex.*, L. 4 Cod., de *nupt.*; et Pothier, *Contr. de mariage*, n° 163.
(3) V. L. 20 sept. 1792, tit. IV, sect. I, art. 11.

que le simple motif d'honnêteté publique ne suffirait pas aujourd'hui pour interdire, puisque cette cause n'est plus admise en elle-même comme empêchement au mariage.

217 *bis.* II. Mais, parce que le fait productif de ce genre d'alliance n'a pas, comme le mariage, un caractère de notoriété, et que son allégation, si elle était facilement admise, donnerait lieu à des procédures scandaleuses réprouvées par l'esprit de notre législateur, je pense, qu'à moins d'une preuve légale déjà acquise cette allégation devrait être écartée par fin de non-recevoir. La preuve, au reste, pourrait résulter, soit d'une condamnation pour complicité d'adultère, soit d'un mariage déclaré nul, soit d'une reconnaissance non contestée d'enfant naturel. Mais, en admettant même que la preuve ne dût pas être nécessairement renfermée dans l'étroite limite de ces trois cas, du moins est-il certain que l'allégation d'un commerce tenu secret, ou d'un commerce qui ne se révélerait que par de vagues bruits de quartier ou de voisinage, ne devrait pas être écoutée, surtout si l'allégation tendait, non pas seulement à empêcher de contracter un mariage projeté, mais à faire annuler, aux termes de l'article 184, un mariage déjà contracté (v. sur ce point Pothier, *Contrat de mariage*, n° 167).

218. Le principe des empêchements tirés de la parenté ou de l'alliance se trouve dans le droit naturel; des raisons politiques, basées principalement sur l'état des mœurs du pays, et sur les rapports plus ou moins intimes produits, suivant l'époque, par le lien de famille, peuvent déterminer à étendre plus ou moins ces empêchements.

219. La morale universelle réprouve les mariages en ligne directe; l'empêchement ici s'étend à l'infini; il s'applique à la parenté simplement naturelle comme à la parenté légitime; il comprend les alliés comme les parents. V. art. 161.

220. En ligne collatérale, la cause de l'empêchement ne tient pas aussi essentiellement à la nature de l'union conjugale; elle ne peut d'ailleurs s'étendre au delà de certains degrés.

Quoi qu'il en soit, l'on s'accorde avec raison à considérer comme contraire au droit naturel le mariage entre frères et

sœurs. La loi applique cette règle à la parenté légitime ou naturelle; elle l'applique même, en principe, à l'alliance. V. art. 162.

L'empêchement s'étend encore avec raison aux oncles et tantes à l'égard de leurs nièces ou neveux. En effet, les oncles et tantes, quoiqu'ils ne soient pas ascendants, sont, comme disent les lois romaines, *loco parentum* (1). Du reste, il résulte du silence de la loi que cet empêchement ne s'applique point à la parenté simplement naturelle ni à l'alliance. V. art. 163.

Bien plus, des motifs particuliers pouvant quelquefois recommander, dans l'intérêt des familles, certaines unions réprouvées en principe, le chef de l'État peut accorder dispense des empêchements que la loi détermine. Cette faculté, strictement bornée par le Code civil aux mariages des oncles et tantes avec leurs nièces ou neveux, a été depuis étendue à ceux des beaux-frères et belles-sœurs. Mais, dans tous les cas, la dispense ne doit s'accorder que pour causes graves. V. art. 164, et Loi 16 avril 1832 (2); v. à ce sujet Arrêté du 20 prairial an XI (9 juin 1803) (3), art. 1, 2 et 5.

221. L'adoption établit, comme nous le verrons plus bas, des rapports de paternité et de filiation, qui doivent faire proscrire le mariage entre l'adoptant, l'adopté et toute la postérité de celui-ci. Quoiqu'elle ne produise ni parenté ni alliance, des motifs de décence et d'honnêteté publique devaient étendre l'empêchement entre l'une des parties et le conjoint de l'autre, entre l'adopté et les enfants légitimes ou adoptifs de l'adoptant (art. 348).

222. L'absence d'une des conditions prescrites par la loi

(1) Les termes mêmes de la loi et les motifs de la prohibition comprennent évidemment, selon nous, tous les descendants de frères et de sœurs, sous le nom de neveux et nièces. Toutefois, la question n'est officiellement décidée que pour le mariage du grand-oncle et de la petite-nièce. V. Décis. imp. 7 mai 1808 (IV, B. 191, n° 3308).

(2) IX, 1re part., B. 72, n° 157.

(3) III, B. 385, n° 2792.

forme un empêchement au mariage ; on distingue les empêchements en absolus et relatifs, suivant qu'ils s'opposent au mariage entre toutes personnes ou entre certaines personnes seulement (1).

223. Il faut ajouter aux empêchements absolus déjà énumérés celui qui résulte de la mort civile (art. 25), et celui que le législateur a établi pour les veuves dans les dix mois de la dissolution du premier mariage (art. 228); enfin, relativement aux militaires, celui qui résulterait du défaut des permissions exigées par les décrets des 16 juin (2), 3 août (3) et 28 août 1808 (4).

224. Le défaut de raison formerait encore évidemment empêchement au mariage, puisqu'il y aurait alors absence de consentement (v. au surplus art. 174-2°).

224 *bis*. I. De là, au reste, il ne résulte pas que l'interdiction en elle-même constitue un empêchement au mariage. Il est vrai que la démence, cause de l'interdiction, exclut ou du moins vicie le consentement, condition essentielle du mariage (art. 146); il est vrai encore que l'état de démence est une cause légale d'opposition, et que la loi, n'admettant alors l'opposition qu'à la charge de provoquer l'interdiction, semble supposer que l'interdiction prononcée la fera maintenir (v. art. 174-2°); il est vrai enfin que l'interdiction est une cause générale d'incapacité applicable à tous les actes (v. art. 502). Toutefois, la spécialité des règles et des conditions du mariage suffisant, selon moi, pour exclure ici l'application directe de l'article 502; je ne trouve, ni dans les principes de la matière, ni dans les autres textes invoqués, rien qui attribue à l'interdiction en elle-même le caractère d'empêchement au mariage. Le fait d'interdiction, qui suppose seulement un état *habituel* d'imbécilité, démence ou fureur (v. art. 489), n'exclut certainement pas la possibilité d'un consentement donné dans un intervalle lucide;

(1) On distingue encore les empêchements en *dirimants*, qui empêchent de contracter un mariage valable, et simplement *prohibitifs*, qui empêchent seulement de le contracter licitement. Nous verrons au chapitre des nullités quels empêchements doivent être réputés dirimants.

(2) IV, B. 195, n° 3463; voyez à ce sujet Avis cons. d'État, 21 décembre 1808 (IV, B. 220, n° 4032).

(3) IV, B. 199, n° 3604.

(4) IV, B. 201, n° 3681.

ou, si l'on veut, après la guérison non encore suivie de main-levée (v. à ce sujet art. 512) ; or, si le consentement est possible, ne serait-il pas inhumain d'en arrêter ou d'en annuler l'action, pour refuser à un malheureux les consolations et les adoucissements qu'il trouverait dans l'union conjugale? Tout ce que la prudence exige, c'est que cette union ne soit autorisée qu'en connaissance de cause. L'article 174 n'exclut pas cette idée : la seule conséquence qu'on en puisse tirer, c'est que l'état de démence n'est point cause d'opposition s'il n'est en même temps cause d'interdiction. Il en résulte qu'on doit donner main-levée de l'opposition si la demande en interdiction n'est pas formée ou si elle est rejetée, mais non qu'il faille nécessairement maintenir l'opposition si l'interdiction est prononcée.

Voici donc, selon moi, quelle doit être, quant au mariage, la conséquence de l'interdiction. L'interdiction rendant le consentement douteux, l'officier de l'état civil doit, s'il en est informé, refuser la célébration; mais le tribunal saisi de la question pourra, suivant les circonstances, ordonner cette célébration.

Que si, en fait, le mariage a été célébré, la question de validité dépendra uniquement de celle de savoir s'il y a eu ou non consentement suffisant. Nous verrons, au chapitre IV, sur l'article 180, par qui et quand cette question pourra être soulevée.

224 *bis*. II. Il résulte évidemment de cette discussion que l'interdiction légale dont est frappé le condamné à certaines peines (C. pén., art. 29) ne peut, sous aucun rapport, faire obstacle au mariage (v. ci-dessus n° 72 *bis*. I). J'en dis autant de l'état du condamné par contumace à une peine emportant mort civile, dans les cinq ans pendant lesquels il est privé de l'exercice des droits civils (v. art. 28). Ma raison principale, dans ce dernier cas, c'est que le mariage n'est pas de pur droit civil (v. ci-dessus n° 61 *bis*. VII, à la note).

224 *bis*. III. Je pense, au reste, que, dans les divers cas examinés, le mariage contracté par une personne qui ne peut disposer de ses biens ne produirait pas d'association quant aux biens; ou du moins que les effets de cette prétendue association pourraient toujours être repoussés par l'incapable ou en son nom. J'entends dire, qu'il n'y aurait pas communauté à défaut de contrat (v. art. 1387, 1393), et que les conventions matrimoniales ne pourraient être valables sans l'intervention des représentants légaux de l'incapable.

225. Le Code civil garde le silence sur les empêchements absolus qui résultaient autrefois des fiançailles, des vœux religieux, de l'engagement dans les ordres sacrés et de l'impuissance.

Les fiançailles sont aujourd'hui inusitées dans l'ordre civil; c'est uniquement par les principes généraux sur les obligations conventionnelles qu'il faudrait juger de l'effet d'une promesse de mariage. Ces principes, selon nous, la frappent de nullité comme attentatoire à la liberté essentielle du mariage.

Quant à l'engagement dans les ordres sacrés, il est bien difficile de reconnaître aux canons qui en font un empêchement dirimant la force de constituer un empêchement de ce genre dans l'ordre civil. Et toutefois, cet engagement librement contracté sous l'autorité des lois (1) obligeant l'ecclésiastique qui a reçu les ordres majeurs à s'abstenir du mariage, cette obligation me paraît exister même dans le for extérieur, et former ainsi la base suffisante d'un empêchement prohibitif.

Ce raisonnement n'est point en général applicable aux vœux religieux, puisque, en principe, la loi ne les reconnaît pas (v. L. 13-19 février 1790). Mais ce principe ayant été modifié à l'égard des religieuses hospitalières par le décret du 18 février 1809, qui autorise de leur part des vœux temporaires dont il règle la forme et les conditions (2); ces vœux, légalement formés, me semblent aussi obligatoires dans le for extérieur, et peuvent, selon moi, constituer pour le temps de leur durée un empêchement prohibitif. Bien plus, cette idée paraît susceptible d'être étendue à tous les vœux exigés par les statuts d'une congrégation autorisée.

A l'égard de l'impuissance qui, bien que s'opposant à la fin principale du mariage, n'en détruit pas cependant l'essence, elle ne peut, dans le silence de la loi, être considérée comme

(1) V. à cet égard Loi 18 germinal an X, art. 6 et 26 (III, B. 172, n° 1344).
(2) V. ledit décret, art. 7 et 8 (IV, B. 225, n° 4127).

un empêchement *inter scientes*. Tout ce qu'on peut soutenir, c'est que, suivant les cas, elle donnerait lieu à une action en nullité pour erreur.

225 *bis*. I. La promesse de mariage n'est point un empêchement au mariage avec un autre; cela résulte suffisamment de ce que le fiancé n'est pas au nombre des personnes qui peuvent former opposition. Selon moi, cette promesse, attentatoire à la liberté du mariage, et contraire sous ce rapport à l'ordre public, n'est point obligatoire: cette proposition s'appliquera également soit qu'il y ait ou non dédit stipulé (v. à ce sujet art. 6 et 1227). Toutefois, elle peut donner lieu à dommages-intérêts, non en vertu des articles 1142 et 1147, mais en vertu de l'article 1382 (v. C. c., rej. 17 août 1814 (1); 21 décembre 1814 (2); 6 juin 1821 (3).

225 *bis*. II. La discipline ecclésiastique, qui fait un empêchement dirimant de l'engagement dans les ordres sacrés, avait été adoptée et confirmée en France par la puissance séculière; elle était suivie et appliquée par les anciens parlements (v. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 117).

Ajoutons que l'existence de cet empêchement est réclamée par un puissant intérêt social; car, si le mariage était permis au prêtre catholique, même à la condition d'abdiquer ses fonctions, son ministère, devenant ainsi dangereux, serait privé de sa dignité et de la confiance qu'il doit inspirer.

Il est douteux pour moi que cet empêchement ait été levé par l'assemblée constituante, quand elle a déclaré que *la loi ne reconnaît plus de vœux religieux* (v. L. 13-19 février 1790, Constitution de 1791, préamb.), et quand elle a proclamé ce principe, aujourd'hui bien reconnu, que *la loi ne considère le mariage que comme contrat civil* (Const. de 1791, tit. 2, art. 7).

Quoi qu'il en soit, il est certain que la législation révolutionnaire qui a suivi n'a pas seulement regardé comme permis le mariage des prêtres, elle l'a même favorisé et encouragé (v. L. 7-16 août 1792, art. 6; L. 19 juillet, 12 août 1793; L. 25 brumaire an II).

Mais ces lois, conçues dans un esprit évident de haine et de persécution contre la religion catholique, sont aujourd'hui sans auto-

(1) J. P., tom. 42, pag. 122.
(2) *Ibid.*, tom. 43, pag. 89.
(3) *Ibid.*, tom. 60, pag. 369.

rité, et la question a pris une face nouvelle sous l'empire de la loi du 18 germinal an x, qui, constituant à la suite du concordat le régime de l'Église catholique dans ses rapports avec les droits et la police de l'État, prescrit aux ecclésiastiques l'observation des canons reçus en France (v. d. L., art. 6 et 26).

Quelques-uns en concluent que les dispositions de ces canons sont virtuellement renfermées dans la loi, et que l'empêchement dirimant qui en résulte est applicable comme tel dans l'ordre civil (1).

C'est peut-être aller bien loin; et je voudrais un texte plus formel pour reconnaître, en dehors des conditions prescrites par le Code civil, un empêchement dirimant du mariage; c'est d'ailleurs contredire formellement la pensée exprimée sur ce point par l'orateur du gouvernement lors de la présentation de cette loi, et reproduite par le même orateur lors de la présentation du titre *Du mariage*.

Mais, sans aller jusque-là, je pense que l'on doit trouver dans la loi de l'an x, combinée avec les principes généraux sur la foi des engagements, la base d'un empêchement, je ne dis pas dirimant, mais prohibitif. Mon raisonnement est simple : le mariage de l'ecclésiastique entré dans les ordres majeurs serait la violation d'un engagement librement contracté par lui lors de son ordination. Or, cette ordination, dans laquelle la loi civile intervient, et dont elle règle les conditions (v. d. L., art. 26), n'est pas un pur acte religieux comme l'administration de tout autre sacrement; c'est un acte, sous certain rapport, civil, puisqu'il confère un caractère reconnu par la loi, et auquel sont attachées dans l'ordre social certaines prérogatives (v. L. 22 mars 1831 (2), sur la garde nationale, art. 12-1°; L. du 21 mars 1832 (2), sur le recrutement, art. 14-5°). Donc la promesse qui l'accompagne doit constituer une obligation valable, non-seulement dans le for intérieur, mais dans le for extérieur. La force de cette promesse peut bien ne pas aller jusqu'à frapper de nullité tout ce qui serait fait au contraire. Mais, du moins, sa violation serait-elle un fait illicite auquel la loi ne peut évidemment prêter son appui. C'en est assez pour que l'officier public doive refuser son ministère, sans lequel la célébration légale du mariage devient impossible ; et pour que les tribunaux, si l'on recourt à leur

(1) V. Carrière, *de Matrim.*, tom. 2, n° 976.
(2) IX, B. 1re part., 26, n° 92.
(3) IX, B. 1re part., 68, n° 149.

autorité, fassent défense d'y procéder (v. dans ce sens C. r. de Paris 14 janvier 1832 (1), pourv. rejeté C. c., req. 21 février 1833 (2); C. roy. de Limoges 17 janvier 1846; pourvoi rej. en 1847. V. au surplus Lettre du ministre des cultes à l'archevêque de Bordeaux 14 janvier 1806 (3); Lettre du même ministre au préfet de la Seine-Inférieure, 30 janvier 1807 (4); Circul. du ministre de la justice aux procureurs-généraux, 27 janv. 1831 (5)).

225 *bis*. III. Quant aux vœux religieux, que la loi a déclaré en principe ne pas reconnaître, il est impossible de trouver dans les canons, dont aucune loi particulière n'a prescrit ici l'observation, la cause d'un empêchement de droit civil. Mais, depuis qu'un décret législatif a autorisé formellement des vœux temporaires et en a réglé les conditions, je n'hésite pas à voir dans ces vœux, constatés par un procès-verbal de l'officier de l'état civil (D. 18 février 1809 (6), art. 7 et 8), une promesse obligatoire, à laquelle se trouve applicable le même raisonnement que pour l'engagement dans les ordres sacrés. Selon moi donc, les vœux ainsi prononcés dans les congrégations hospitalières autorisées par le décret du 18 février 1809 forment, pour tout le temps de leur durée, un empêchement prohibitif.

Le décret, du reste, ne s'applique qu'aux religieuses hospitalières; mais, depuis, la loi du 24 mai 1825 (7) ayant réglé les formes dans lesquelles peuvent être autorisées toutes les congrégations religieuses de femmes, après vérification et enregistrement de leurs statuts, je crois que si ces statuts exigent de se lier par des vœux, l'approbation des statuts emporte approbation des vœux, qui deviennent ainsi cause d'empêchement prohibitif. Mais, par argument du décret de 1809, on doit décider en principe que les vœux temporaires sont seuls admis par la loi civile, et que les statuts qui exigeraient des vœux perpétuels ne recevraient pas d'approbation légale (8).

225 *bis*. IV. L'impuissance était autrefois mise au rang des empêchements dirimants; et, toutefois, il n'en résultait pas une nullité

(1) J. P., tom. 92, pag. 281.
(2) J. P., tom. 95, pag. 500.
(3) J. P., tom. 14, pag. 254.
(4) Rép. jur. vo *Mariage*, sect. 3, § IV, no 4.
(5) Carrière, *de Matrim.*, tom. 2, no 976, pag. 228.
(6) IV, B. 225, no 4127.
(7) VIII, B. 40, no 921.
(8) V. Instruction ministérielle sur l'exécution de la loi du 24 mai 1825; Carrière, *de Matrim.*, tom. 2, no 660.

absolue, mais une nullité purement relative à l'époux de l'impuissant, nullité qui se couvrait par son silence prolongé (1). Je pense que l'impuissance, quoiqu'elle s'oppose à la fin principale du mariage, ne peut, dans le silence de la loi, être admise comme empêchement. Car la procréation des enfants, bien que fin principale, n'est pourtant pas le but unique et partant essentiel du mariage. Mais je crois, avec Merlin (2), que l'impuissance, lorsqu'elle est possible à constater, c'est-à-dire, quand elle provient d'un vice de conformation apparent ou d'une cause accidentelle visible et incurable, peut autoriser à attaquer le mariage pour erreur dans la personne. Dans aucun cas, au surplus, l'impuissance survenue depuis le mariage ne serait une cause de dissolution.

226. Outre les empêchements relatifs résultant de la parenté, de l'alliance et de l'adoption, le mariage est encore prohibé entre l'époux coupable d'adultère et son complice, mais seulement lorsque le divorce aura été prononcé pour cette cause, sous l'empire de la loi qui l'autorisait (v. art. 298). La même loi établissait encore un empêchement relatif entre les époux divorcés, auxquels elle ne permettait plus de se réunir (v. art. 295).

226 *bis*. L'abolition du divorce n'a pas fait de plein droit cesser les empêchements que la loi précédente avait attachés aux divorces prononcés sous son empire.

En effet, la loi de 1816 n'abroge pas la loi sur le divorce; elle fait seulement cesser la faculté de divorcer que cette loi conférait. Donc, en principe, cette loi, à défaut d'abrogation, reste en vigueur pour régler, même pour l'avenir, l'effet des divorces prononcés sous son empire.

Toutefois, je distinguerais à cet égard entre l'empêchement de l'article 295, qui prohibe la réunion des époux divorcés, et l'empêchement de l'article 298, qui prohibe le mariage entre l'époux adultère et son complice. Le maintien de ce dernier empêchement n'a rien de contraire à l'esprit de la loi nouvelle; car, tant que vit le premier époux, cette entrave apportée à la faculté de se remarier

(1) V. Poth., *Contr. de mariage*, n° 445.

(2) Rép. de jur., tom. 16, v° *Mariage*, sect. VI, § II, art. 181, première question.

entre, au contraire, parfaitement dans ses vues, qui, évidemment, ne sont pas favorables aux mariages après divorce. Cette raison, à la vérité, ne subsiste plus après la mort du premier époux, mais il demeure vrai, que l'empêchement fondé sur l'adultère, quoique combiné par le Code civil avec l'idée de divorce, ne se lie pas nécessairement à cette idée, et ne reste pas sans base sous l'empire d'une législation qui réprouve le divorce. En effet, il existait, sous certaines restrictions, dans l'ancien droit (1); et peut-être est-il à regretter que notre Code ne l'ait pas généralisé et appliqué, du moins, au cas de séparation de corps prononcée pour cause d'adultère.

Mais il en est tout autrement de la défense faite aux époux divorcés de se réunir. L'esprit de la loi nouvelle, qui proclame l'indissolubilité du mariage, leur ferait plutôt un devoir de cette réunion. Et, comme cet empêchement tendait uniquement à mettre un frein aux divorces, en retenant les époux par la crainte d'établir entre eux une barrière insurmontable, on peut dire que l'interdiction générale du divorce a fait entièrement cesser ce motif. J'appliquerais donc ici la théorie qui fait considérer une loi comme tacitement abrogée quand son motif a entièrement cessé (v. ci-dessus Introduction, n° 20; v. au contraire C. royale de Paris 14 juin 1847 (2).

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

227. Le mariage consiste dans le consentement: mais, d'une part, il importe de s'assurer que ce consentement est libre et sérieux; d'autre part, il n'importe pas moins de rendre, dès le principe, ferme, stable et notoire, un engagement que les volontés qui l'ont formé n'ont pas le pouvoir de rompre, et qui opère un changement d'état. De là, la nécessité d'une célébration publique devant un officier préposé par la loi. La célébration doit avoir lieu dans l'endroit où les parties sont réputées le mieux connues, c'est-à-dire

(1) V. Poth., *Contr. de mariage*, nos 231-239.
(2) J. P., tom. 123, pag. 163.

au domicile de l'une d'elles, et devant l'officier de l'état civil de ce domicile. V. art. 74, 165.

228. Observons ici que le domicile, quant au mariage, ne se règle pas par les principes ordinaires, il *s'établit par six mois d'habitation continue* (art. 74); c'est-à-dire, incontestablement, que six mois de résidence continue dans une commune suffisent pour acquérir ce domicile, même sans l'intention de fixer là son principal établissement; mais, c'est-à-dire encore, selon moi, que le fait d'une habitation réelle dans une commune, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement, ne suffirait point pour acquérir domicile, quant au mariage, si l'habitation n'avait pas duré six mois.

228 *bis*. I. La loi n'étant pas conçue en termes limitatifs, on pourrait très-bien admettre que six mois d'habitation suffisent, mais ne sont pas nécessaires pour établir le domicile quant au mariage, et que le domicile, tel qu'il est défini et réglé en général quant à l'exercice des droits civils (art. 102 et 103), est également, et par cela même, domicile quant au mariage. Il semble, en effet, avoir été convenu dans la discussion que la faculté de célébrer son mariage dans le lieu de sa résidence n'est pas exclusive de celle de le célébrer dans le lieu de son domicile (1).

Toutefois, comme il résulterait de là, par application de l'article 103, le droit de se marier, sans même publier ailleurs (2), dans une commune où l'un des époux aurait instantanément transféré son domicile, ce qui ferait défaillir entièrement le but de publicité que la loi se propose, j'aime mieux entendre l'article 74 en ce sens, qu'une habitation continue dans un lieu est toujours et indistinctement une condition nécessaire pour y acquérir domicile quant au mariage. Mais, cette condition une fois remplie au domicile proprement dit, c'est-à-dire au lieu du principal établissement, j'entends que ce domicile restera domicile, même quant au mariage, tant qu'il sera conservé, quand même une résidence de six mois aurait fait acquérir ailleurs un domicile spécial pour le mariage. C'est à ce cas

(1) V. Proc.-verb. du 4 vendém. an X: Discuss. sur l'article 2 du chapitre II du titre du *Mariage*; Opinion de *Tronchet* (Fenet, tom. 9, pag. 27.)

(2) Nous démontrerons, en effet, que l'article 167 ne serait pas applicable à ce cas (v. ci-dessous nº 231 *bis*. I).

que j'appliquerais la théorie de Tronchet, et que je dirais avec lui qu'on ne perd pas le droit de célébrer son mariage dans le lieu de son domicile pour avoir acquis le droit de le célébrer ailleurs (1).

228 *bis*. II. Il résulte de ce qui vient d'être dit que les six mois d'habitation continue exigés par la loi ne sont pas nécessairement les six mois qui précèdent immédiatement le mariage. Mais cette proposition n'est applicable que par rapport au domicile proprement dit, où il suffit d'avoir, dans un temps quelconque, habité pendant six mois continus. Quant au domicile spécial, comme il ne consiste que dans la résidence, il se perd *ipso facto* quand cette résidence cesse.

228 *bis*. III. S'il est une fois admis que le domicile quant au mariage ne peut dans aucun cas s'établir que par six mois d'habitation continue, la conséquence naturelle, c'est qu'en l'absence de cette condition le mariage ne peut se célébrer au lieu même du principal établissement. Observons néanmoins que la disposition du Code civil, qui prescrit de célébrer le mariage dans la commune du domicile (*quant au mariage*) et devant l'officier de l'état civil de ce domicile, n'est pas plus impérieuse que ne l'était la disposition de l'édit du mois de mars 1677, qui soumettait à une résidence de six mois ou d'un an les personnes venant d'une autre paroisse ou d'un autre diocèse, pour qu'il fût permis au curé de la paroisse actuelle de célébrer le mariage. Or, il paraît, d'après ce que dit Pothier (2), qu'on en tirait seulement cette conséquence, que le curé de la nouvelle paroisse ne pouvait marier sans un certificat de publication de bans du curé de l'ancienne.

De là on serait tenté de conclure qu'on peut toujours se marier à la résidence actuelle, quelque nouvelle qu'elle soit, surtout si c'est au lieu du principal établissement, en faisant publier dans la commune du précédent domicile. C'est ainsi que l'ordonnance du 23 octobre 1833 (3), art. 15, permet aux consuls de marier les Français non-résidants et non-immatriculés depuis six mois dans le consulat,

(1) La faculté de célébrer son mariage au domicile une fois acquis pour le mariage dans le lieu du principal établissement n'est nullement contredite par l'avis du conseil d'État du 4 complém. an XIII (IV, B. 61, nº 1074), qui déclare soumis à la règle des six mois d'habitation les militaires lorsqu'ils sont sur le territoire : le seul but du conseil d'État est de déclarer que les articles 94 et 95 ne leur sont pas applicables, et que dès lors ils sont dans la règle générale.

(2) *Contr. de mariage*, nº 356.

(3) IX, P. II, B. 266, nº 5051.

à la condition que les publications soient faites en France. Si l'on n'admet pas cette idée, il en résultera que deux personnes qui auront récemment transféré d'une commune dans l'autre leur principal établissement seront, pendant six mois, dans l'incapacité de se marier. Or, c'est là un inconvénient grave qu'on doit tendre à éviter, quand on le peut sans compromettre aucun intérêt.

Quoi qu'il en soit, c'est fort timidement que je propose ce tempérament; car l'autorité de l'ancienne pratique perd beaucoup de sa force si l'on considère que la seule condition exigée autrefois était le consentement du propre curé, consentement qui résultait d'un certificat de publication de bans dans sa paroisse, tandis que le Code prescrit la célébration dans la commune du domicile. Quant à l'ordonnance de 1833, c'est un droit spécial qu'il serait par là même dangereux de tirer à conséquence.

229. Toujours par les motifs qui font exiger la célébration, la loi veut que le mariage soit publiquement annoncé à l'avance, et que l'officier public s'assure d'ailleurs, par pièces et documents suffisants, de la capacité des contractants.

230. L'annonce publique du mariage consiste dans la double proclamation que doit en faire l'officier de l'état civil, aux jour, lieu et intervalle requis; et dans l'affiche de l'acte qui en est dressé. L'intervalle prescrit entre les deux publications est de huit jours, elles doivent se faire le dimanche, à la porte de la maison commune. La publication et l'acte contiennent les renseignements nécessaires sur l'état civil des futurs, dont on doit spécialement énoncer la qualité de majeurs ou de mineurs (1) et la filiation. L'acte est, comme nous l'avons vu, inscrit sur un seul registre. C'est un extrait de ce registre qui est affiché; l'affiche doit demeurer dans l'intervalle d'une publication à l'autre. Du reste, pour que la publicité, qu'on entend assurer ainsi au mariage, ne devienne pas illusoire, la loi fixe un délai avant lequel le mariage ne peut être célébré, et un autre après lequel il ne peut plus l'être sans nouvelles

(1) Il paraît que cette énonciation dispense de celle de l'âge (nonobstant art. 34), et qu'elle ne serait pas utilement remplacée par celle-ci. La loi ne prescrit pas non plus d'énoncer l'âge des père et mère.

publications. Le premier délai est de deux jours francs, à partir de la seconde publication, le second est d'une année, à partir de l'expiration du dernier. V. art. 63, 64, 65.

231. C'est naturellement au domicile de chacun des futurs que les publications doivent être faites. V. art. 166, joignez art. 74. Mais, si le *domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence* (c'est-à-dire, selon moi, si le lieu de cette résidence n'est pas en même temps celui du principal établissement), les publications, pour qu'elles atteignent mieux leur but, doivent être faites, en outre, au *dernier domicile*. V. art. 167.

231 *bis*. I. L'interprétation que je donne à l'article 167 est la seule admissible; car si, au lieu d'opposer, comme je le fais, au cas de domicile de simple résidence le cas de domicile véritable, on voulait opposer au cas où la résidence n'est que de six mois le cas où elle est de plus de six mois, on réduirait à néant l'application de l'article. En effet, ou la résidence a duré moins de six mois, ou elle a duré plus de six mois. Au premier cas, le domicile n'est pas acquis et il n'y a pas lieu aux doubles publications prescrites par l'article; au second cas, le domicile est acquis, mais alors l'article cesse d'être applicable au moment même où il le devient; car la résidence n'est pas plutôt de six mois qu'elle commence à être de plus de six mois. Ajoutons que la conséquence de mon interprétation est raisonnable; car il est tout simple que le législateur, tout en permettant le mariage dans une résidence qui n'est pas le lieu du domicile véritable, prescrive de publier en outre au domicile où la personne doit être supposée mieux connue.

231 *bis*. II. Il est évident que par *dernier domicile* la loi, entendue comme je l'entends, doit désigner le domicile véritable, c'est-à-dire le lieu du principal établissement, soit qu'on le conserve encore, soit qu'on l'ait perdu sans en acquérir un autre (ce qui, selon moi, est possible) (v. ci-dessus 128 *bis*. IV).

Que si la personne avait eu successivement plusieurs domiciles de simple résidence, je ne pense pas qu'il y eût nécessité de faire les publications à la résidence précédente, quoiqu'il pût être bien de le faire.

231 *bis*. III. Pareillement celui qui, ayant acquis pour le mariage

un domicile de simple résidence, vient se marier à son domicile véritable, demeuré aussi domicile pour le mariage, ferait bien de faire publier à sa dernière résidence; mais je ne crois pas que la loi le prescrive.

232. Toujours par le même motif, le mariage des personnes *placées sous la puissance d'autrui* (entendez les mineurs pour le mariage), doit encore être publié au domicile des parents sous la puissance desquels se trouve chacun des futurs. V. art. 168.

232 *bis*. Si c'est du conseil de famille que le consentement est nécessaire, ce n'est pas à chacun des membres, mais au conseil légalement formé, qu'appartient la puissance; c'est donc dans la commune où siége le conseil de famille que le mariage devra être publié.

233. Des motifs graves (nécessairement tirés de l'urgence) peuvent, non pas faire dispenser entièrement de publication, mais autoriser à se contenter d'une publication unique. La dispense, comme au cas de parenté ou de défaut d'âge, doit émaner du pouvoir suprême; mais la force des choses commandait ici de confier à des préposés le droit de l'accorder. V. art. 169, et Arrêté du 20 prairial an XI (9 juin 1803) (1), art. 3 et 4.

233 *bis*. La dispense de la seconde publication semblerait virtuellement emporter dispense de l'affiche, puisqu'elle supprime l'intervalle pendant lequel cette affiche doit rester (art. 64). En s'attachant à la lettre, il n'y aurait pas non plus nécessité d'attendre le troisième jour pour la célébration du mariage, puisque la loi fait courir ce délai à partir de la *seconde* publication, qui, dans le cas particulier, n'a pas lieu. Mais je ne puis croire que la loi entende jamais dispenser de l'affiche, qui, dans beaucoup de localités, est le principal et souvent même le seul moyen efficace de publicité. Il n'est pas possible non plus d'admettre la faculté de célébrer le mariage immédiatement après la publication unique; car il faut bien laisser aux oppositions le temps d'arriver. D'autre part, on réduirait beaucoup trop le bénéfice de la dispense si l'on exigeait l'affiche pendant les huit jours qui suivent la publication unique et que, jusqu'à leur expiration, on

(1) III, B. 285, n° 2792.

suspendît la célébration du mariage. Pour tout concilier, je crois que l'acte de publication unique devra être affiché; que l'affiche devra rester huit jours si le mariage n'a pas lieu plus tôt, mais que le mariage sera permis le troisième jour après la publication unique.

234. Avant que l'officier de l'état civil procède à la célébration, il faut : 1° qu'il s'assure que les publications ont été faites, qu'il n'y est point survenu d'opposition, ou qu'elles ont été levées.

La signification, les mentions sur les registres et le certificat exigé des divers officiers de l'état civil qui ont dû faire des publications, mettent celui qui est requis pour la célébration à même de n'y pas procéder au mépris d'une opposition subsistante. Il ne le pourrait d'ailleurs sans s'exposer à l'amende et aux dommages-intérêts. V. art. 66, 67, 68 et 69.

234 *bis*. C'est uniquement à l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage au mépris d'une opposition subsistante que la loi applique la peine d'amende et de dommages-intérêts. Il est bien clair que cette peine ne l'atteint pas, si sans sa faute il a ignoré l'existence de l'opposition, qui peut avoir été signifiée à un autre officier de l'état civil. Mais il y aurait certainement faute à lui imputable, s'il avait négligé de se faire représenter les certificats de tous les officiers de l'état civil dans la commune desquels auront dû être faites les publications : là donc s'appliquerait l'article 68. Que si les certificats ont été mal à propos délivrés, ce sont alors leurs auteurs qui sont en faute et c'est sur eux que doit peser la responsabilité; nul doute, en effet, que s'ils ont agi frauduleusement, ils ne puissent être poursuivis comme faussaires (v. C. pén., art. 162), et qu'en cas de fraude ou de simple négligence, ils ne soient passibles de dommages-intérêts (art. 1382). Quant à l'amende de l'article 68, j'aurais trouvé raisonnable de la leur appliquer, mais les termes de la loi manquent.

235. 2° Il doit être justifié à l'officier de l'état civil de l'âge et de la filiation des contractants; ce sera ordinairement par l'acte de naissance. Toutefois, la faveur du mariage a fait admettre ici un mode particulier de suppléer à l'acte de naissance, s'il est impossible de se le procurer. Il suffit alors d'un

acte de notoriété, délivré par le juge de paix sur une déclaration de témoins, et dûment homologué.

La loi règle en détail la forme de cet acte; il est reçu par le juge de paix du domicile ou par celui du lieu de naissance; il contient la déclaration de sept *témoins* de l'un ou de l'autre sexe, parents ou autres (1). Les déclarations ont pour objet la désignation précise de la personne et celle de la filiation, si toutefois on peut la connaître, l'indication du lieu et, autant que possible, de l'époque de la naissance, enfin l'indication des causes qui empêchent de rapporter l'acte. Les témoins doivent, comme de raison, signer leur déclaration, sauf à remplacer la signature par la mention ordinaire en cas semblable. V. art. 70, 71.

Ce n'est, du reste, ni au juge de paix qui reçoit l'acte, ni à l'officier de l'état civil auquel on le présente, qu'il appartient de décider si cet acte doit tenir lieu de l'acte de naissance. C'est aux juges ordinaires à reconnaître, sur les conclusions du ministère public, si les déclarations et les causes qui empêchent de fournir la preuve légale sont ou non suffisantes, et à donner ou refuser en conséquence l'homologation. L'homologation se poursuit devant le tribunal du lieu où le mariage doit être célébré. V. art. 72, et remarquez que, malgré toutes ces précautions, l'acte dont il s'agit ne peut servir que pour la cause.

236. 3° Il faut qu'il apparaisse à l'officier de l'état civil des consentements requis ou des actes respectueux; sinon, des causes qui dispensent d'y recourir.

La preuve du consentement, s'il n'est pas donné par les parents en personne, doit résulter d'un acte authentique. Les qualités du futur et de tous ceux qui ont concouru à l'acte doivent y être soigneusement énoncées. V. art. 73.

236 *bis*. Les énonciations prescrites dans l'acte de consentement,

(1) La loi ne dit point s'ils doivent être appelés d'office ou choisis par les parties. Le plus sûr paraît être d'en attribuer la vocation au juge de paix (v. à ce sujet art. 155); et cela est sans inconvénient, puisque le juge de paix peut toujours se faire désigner par les parties ceux qu'il doit appeler.

en ce qui concerne les personnes qui ont concouru à l'acte, ne sont autres que celles qui sont prescrites dans tout acte notarié (v. L. 25 vent. an XI (1), art. 13). La loi exige avec raison la même désignation à l'égard du futur époux, qu'il soit ou non partie à l'acte; car c'est lui qui est l'objet direct de cet acte. Le futur époux dont il s'agit est évidemment celui qui a besoin, pour son propre compte, du consentement. Quant à l'autre futur, j'ai peine à croire qu'on puisse se dispenser de l'indiquer; car le consentement au mariage est essentiellement relatif à la personne avec laquelle ce mariage doit se contracter. Une permission de se marier, sans désignation de la personne à épouser, ne me semblerait pas être l'exercice du droit protecteur que la loi confie aux ascendants ou à la famille, mais l'abdication de ce droit. Je regarde donc comme abusif l'usage des consentements donnés en blanc. Et, tout ce que je conclus du silence de l'article 73 sur la désignation de la personne à épouser, c'est que cette désignation n'aura pas besoin d'être aussi complète que celle du futur qui a besoin du consentement. En effet, ceux qui donnent de loin leur consentement peuvent, tout en connaissant suffisamment la personne, n'avoir pas en leur pouvoir tous les éléments d'une désignation aussi précise.

237. Quant à la forme des actes respectueux à produire, voyez art. 154, *supr.* n° 212.

Quant à la manière de suppléer au consentement ou aux actes respectueux, voyez *supr.* n° 213.

238. Observons que, d'après les principes précédemment exposés, l'officier de l'état civil doit : 4°, dans les cas où il serait à sa connaissance que l'une des parties eût déjà été mariée, se faire représenter la preuve de la dissolution du premier mariage (v. à ce sujet Avis cons. d'État, 17 germ. an XIII (7 avril 1805) (2).

239. 5° S'il s'agit du mariage d'un militaire, l'officier de l'état civil doit encore, à peine de destitution, se faire remettre les permissions exigées par les décrets ci-dessus cités. V. *supr.* n° 223.

240. Le mariage doit, comme on l'a vu, être célébré pu-

(1) III, B. 258, n° 2440.
(2) IV, B. 41, n° 666.

bliquement dans la commune et par l'officier de l'état civil du domicile de l'un des contractants. V. art. 74 et 165.

Ce qui constitue principalement la publicité de la célébration, c'est qu'il y soit procédé dans la maison commune en présence de quatre témoins. La célébration consiste dans la lecture des pièces et du chapitre VI du titre du mariage, dans la déclaration des époux et le prononcé de l'officier de l'état civil. La célébration parfaite, il en doit être sur-le-champ dressé acte. V. art. 75.

240 *bis*. I. Les éléments dont se compose la célébration du mariage semblent tendre : 1° à mettre les parties, les témoins et le public assistant, à même de vérifier l'individualité des personnes, et l'accomplissement des conditions requises pour la validité et la régularité du mariage qui va être contracté (tel est évidemment le but de la lecture des pièces); 2° à provoquer dans ce moment suprême les réflexions des futurs sur la gravité de l'engagement qu'ils vont prendre (c'est pour cela qu'il est fait lecture du chapitre VI). Le premier but ne serait qu'imparfaitement rempli, et le second serait tout à fait manqué, si les parties ne comparaissaient pas en personne.

C'en est assez, je crois, pour qu'on ne doive point admettre la faculté de contracter mariage par procureur. Vainement invoquerait-on, au contraire, le droit commun de l'article 36, qui, *dans les cas où les parties intéressées ne sont pas obligées de comparaître en personne,* leur permet de se faire représenter par un fondé de pouvoir. Car cette obligation, que la loi suppose évidemment exister dans plusieurs cas, et qu'elle n'avait cependant expressément formulée que pour le cas unique de prononciation du divorce par consentement mutuel (art. 294), me paraît ici résulter de l'esprit évident du législateur. Le fait d'une pratique contraire, observée dans les mariages des princes et pouvant tenir alors à de hautes convenances, ne détruit point les raisons que j'ai données. Il est d'ailleurs bien à remarquer que les mariages ainsi célébrés par procureur ont toujours été renouvelés par les parties présentes.

Tout ce qu'il est permis de soutenir, c'est que, la loi n'étant pas formelle, un mariage célébré de fait par procureur pourrait n'être pas annulé (v. art. 193).

240 *bis*. II. La célébration par l'officier de l'état civil compétent est une des conditions constitutives du mariage (v. art. 191), car la société est partie au contrat, qui, dès lors, n'est parfait qu'autant que l'officier qui la représente y a rempli son ministère. Je crois, en conséquence, que, même après la déclaration faite par les futurs de la volonté qu'ils ont de se prendre pour mari et femme, il n'y a pas d'engagement tant que l'officier de l'état civil n'a pas prononcé au nom de la loi qu'ils sont unis par le mariage. Mais ce prononcé complète la célébration, et la rédaction de l'acte n'est requise que pour la preuve. D'où je conclus, entre autres choses, que le refus de signature par les époux ou par l'un d'eux, n'empêcherait pas qu'ils ne fussent irrévocablement liés. L'acte alors devrait contenir la mention de ce refus, comme il mentionnerait la déclaration de ne pouvoir signer (v. art. 39). Il est clair également que la mort d'un des époux avant la rédaction de l'acte n'empêcherait pas que le mariage parfait ne produisît tous ses effets.

240 *bis*. III. La célébration dans la commune du domicile est un des éléments dont se compose la publicité, qui devient plus complète par le choix de la maison commune comme théâtre légal de cette célébration. Et, toutefois, comme la publicité de la célébration ne réside pas tout entière dans l'un ou l'autre de ces éléments, je crois, sauf la question de compétence de l'officier public, qui doit être examinée à part, que la célébration, non-seulement hors de la maison commune, mais hors de la commune du domicile, ne serait pas en elle-même une cause nécessaire de nullité du mariage (v. art. 191 et 193). Bien plus, il pourrait, suivant les cas, être opportun, et quelquefois même nécessaire, de s'affranchir de ces deux règles ou de l'une d'elles. La nécessité apparaîtra surtout en cas de mariage *in extremis*, soit qu'on suppose seulement que l'un des futurs en danger de mort n'est pas transportable à la maison commune, soit qu'on le suppose ainsi retenu dans une commune qui n'est pas celle du domicile. En cas pareil, évidemment, le mariage serait valablement célébré dans la commune où se trouvent les futurs, après publications au domicile ; et les peines mêmes que prononce l'article 193 pour contravention à l'article 165 ne seraient pas applicables.

240 *bis*. IV. La loi veut que le mariage soit célébré dans la commune où l'*un des époux* a son domicile (art. 74) ; d'autre part, elle veut qu'il le soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'*une*

des deux parties (art. 165). L'application naturelle sera sans doute, lorsque la commune du domicile particulier d'un des contractants est adoptée pour lieu de la célébration du mariage, de le célébrer devant l'officier de l'état civil de cette commune. Et, toutefois, on serait encore dans la lettre de la loi si, dans la commune du domicile d'une des parties, on faisait célébrer le mariage par l'officier de l'état civil du domicile de l'autre. Pour justifier cette pratique, on peut dire que la célébration du mariage n'est point un acte de juridiction contentieuse, et que la compétence de l'officier de l'état civil, comme autrefois celle du propre curé, doit être plutôt personnelle que territoriale : car ce qui importe, c'est que l'on puisse supposer dans l'officier public qui célèbre le mariage la connaissance des parties ou de l'une d'elles. On ajoute qu'il peut y avoir telle circonstance où, la force des choses obligeant à célébrer le mariage dans une commune autre que celle du domicile, le ministère de l'officier du domicile hors de la commune semblerait préférable à celui de l'officier du lieu de la célébration (v. au surplus *Merlin*, Répert., tom. XVI, v° *Mariage*, sect. 4, § 1, art. 1, quest. 3).

Toutefois, ces raisons ne me déterminent pas. La compétence personnelle qu'on suppose ici aux officiers de l'état civil serait contraire à la théorie générale sur l'exercice des fonctions publiques, car, pour toutes, cet exercice est renfermé dans les limites d'un certain territoire; et il importe, en effet, que celui qui parle ou agit au nom de la loi ne le puisse que dans le lieu où sa mission est notoire, et son titre facile à vérifier. Ce principe comprend les officiers publics rédacteurs d'actes comme les autres fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire. Aussi la loi en fait-elle spécialement l'application aux notaires (v. L. 25 vent. an XI (1), art. 6 et 68). Quant à l'analogie qu'on prétend établir entre l'officier de l'état civil et le propre curé, elle manque d'exactitude; car les rapports qui, dans l'ordre spirituel, lient le paroissien avec son curé n'ont rien de commun avec les rapports purement officiels de l'habitant d'une commune avec le maire de cette commune.

Je considère donc comme irrégulier le transport de l'officier de l'état civil hors de sa commune pour la célébration d'un mariage, et dans le cas même tout extraordinaire qui vient d'être supposé, si le mariage peut être valablement célébré hors de la commune du do-

(1) III, B. 258, n° 2440.

micile, c'est par l'officier de l'état civil du lieu qu'il me paraît devoir l'être.

Toutefois, les raisons alléguées en faveur de la compétence personnelle et la controverse qui existe sur ce point suffisent, je crois, pour qu'on ne confonde pas le mariage célébré par le propre officier de l'état civil hors de son territoire avec un mariage célébré par une personne absolument sans qualité; et, dans la latitude qui, selon moi, est accordée aux juges sur l'appréciation de la nullité pour incompétence (v. art. 193), je ne pense pas que cette nullité dût être ici appliquée (v. C. c., rej. 31 août 1824 (1)).

241. L'acte de célébration, destiné à constituer la preuve légale du mariage, doit naturellement contenir tous les documents propres à faire reconnaître l'identité des époux; il doit constater également l'accomplissement des conditions et des formes auxquelles est subordonnée la régularité du mariage.

A cet effet, il faut d'abord désigner clairement les époux et leurs pères et mères, en indiquant spécialement les qualités qui influent sur les conditions du mariage (2); il faut mentionner l'observation des règles prescrites sur les consentements à obtenir, les actes respectueux à faire, les publications, les oppositions et leur main-levée (3); enfin, il faut énoncer l'accomplissement des formes de la célébration, qui consistent principalement dans la déclaration des époux et le prononcé de l'officier public, le tout en présence des témoins, qu'il est nécessaire aussi de bien désigner (4). V. art. 76.

242. La règle *Locus regit actum* s'applique au mariage célébré en pays étranger, comme aux autres actes de l'état civil. Cependant la loi, fidèle à son principe de publicité, exige, et même plus spécialement dans ce cas, les publications en

(1) J. P., tom. 71, pag. 202.

(2) Pour les pères et mères comme pour les époux, on doit énoncer les prénoms, noms, professions et domiciles; on doit de plus, pour les époux, indiquer l'âge et le lieu de naissance; on doit même, outre l'âge, mentionner la qualité de majeur ou de mineur (art. 76-1°, 2°, 3°).

(3) A l'égard des oppositions, on doit dire s'il en est ou non survenu, et dans le premier cas, en énoncer la main-levée (art. 76–7°).

(4) Les témoins doivent être désignés par leurs prénoms, noms, âge, professions et domiciles. Il faut de plus indiquer sur leur déclaration s'ils sont parents ou alliés, de quel côté et à quel degré (art. 76-9°).

France; elle fait d'ailleurs au Français l'application du principe posé en l'article 3, et le laisse en conséquence soumis aux règles de capacité contenues au chapitre Ier. Voy. art. 170; voy. aussi art. 47 et 48.

242 *bis*. I. Les publications en France, et l'observation, quant aux Français, des dispositions contenues au chapitre précédent, sont, avec l'emploi des formes usitées dans le pays, la condition sous laquelle l'article 170 déclare valable le mariage contracté hors de France entre Français ou entre Français et étranger. Donc, en l'absence de cette condition la déclaration de validité ne s'applique pas, mais ce n'est pas à dire que le mariage soit nécessairement nul. Il le sera certainement, quand la contravention commise par le Français en pays étranger serait de nature à emporter nullité si le mariage avait été célébré en France : *puta,* quand le Français mineur se sera marié sans le consentement de ses parents. Mais, s'il y a seulement défaut de publications, ou empêchement purement prohibitif de sa nature, *puta,* si le majeur a omis les actes respectueux, la loi n'oblige point à prononcer la nullité. Tout ce qu'on peut conclure de l'article 170, c'est qu'elle n'oblige pas non plus à reconnaître le mariage valable. Dès lors, la nullité peut être prononcée suivant les circonstances. A ce moyen les juges seront à même d'apprécier la gravité et la multiplicité des infractions. Ils pourront distinguer le cas où la contravention a été le but de la célébration en pays étranger du cas où elle s'y est accidentellement rencontrée. Enfin, ils pourront prendre en considération, même les faits qui ont suivi l'union irrégulièrement contractée, par exemple, sa durée, ou l'approbation qu'elle a reçue dans la société, dans la famille.

Ainsi tempéré, ce pouvoir d'annulation formera une sanction suffisante pour les empêchements prohibitifs, qui, au cas particulier, n'en trouveront pas dans les peines dont notre loi frappe l'officier public.

L'existence d'une nullité facultative, appuyée ici sur les termes de l'article 170, n'a d'ailleurs rien de contraire à la théorie de notre législateur, qui reconnaît lui-même une nullité de ce genre pour les cas d'incompétence et de défaut de publicité (v. art. 193).

242 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, on comprend que la loi attache ici plus d'importance que dans les cas ordinaires à la formalité des publications, qui sont véritablement le seul moyen de faire connaî-

tre en France le mariage qui va se célébrer hors du pays. Je crois, d'après cela, que les publications devraient toujours avoir lieu en France au dernier domicile, depuis quelque temps qu'il ait été abandonné, et lors même qu'on supposerait, si toutefois cela est possible, que le Français, sans perdre sa qualité, aurait acquis en pays étranger un véritable domicile.

243. Toujours dans le même but de publicité, la loi prescrit au Français de retour un délai dans lequel la transcription de son acte de mariage doit avoir lieu sur les registres de son domicile. Ce délai est de trois mois à partir du retour. V. art. 171.

243 *bis*. I. Rien dans les termes de la loi n'autorise, directement ou indirectement, à faire dépendre de la transcription prescrite par l'article 171 la validité du mariage, et l'on ne peut reconnaître à cette disposition d'autre sanction que la responsabilité du Français contrevenant, envers ceux à qui cette omission aurait de fait été préjudiciable. Au reste, ce serait, je crois, exagérer la rigueur de la responsabilité que de priver, à ce titre, la femme mariée de son hypothèque légale, ou de son action en nullité pour défaut d'autorisation maritale, en voyant dans le simple défaut de transcription une cause légale pour les tiers d'ignorer le mariage d'ailleurs public. Seulement, si l'ignorance est alléguée et probable, la circonstance du défaut de transcription pourra se combiner avec d'autres pour justifier cette ignorance, et amener, suivant les cas, contre la femme à qui elle serait imputable, l'une ou l'autre des graves conséquences qui viennent d'être signalées. Mais il sera bien rare que l'on puisse arriver jusque-là.

243 *bis*. II. La transcription doit être faite dans les trois mois. Si elle n'avait lieu qu'après ce délai, la responsabilité ci-dessus pourrait être encourue pour tout le temps antérieur. En outre, une circulaire du garde des sceaux prescrit de n'y procéder après le délai qu'en vertu de jugement. C'est là, selon moi, une application trop rigoureuse de l'avis du conseil d'État du 12 brumaire an XI (v. ci-dessus nº 126), qui ne me paraît avoir en vue que la rédaction et inscription des actes constitutifs d'un état. La même circulaire veut que, si le Français, à son retour en France, prend un autre domicile que celui qu'il avait quand il en est sorti, la transcription ait

lieu dans les deux communes (Circulaire du garde des sceaux du 7 mai 1822).

CHAPITRE III.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

244. Les empêchements au mariage pouvant être ignorés ou dissimulés, la loi a dû admettre à former opposition les personnes qui peuvent en avoir connaissance. Mais, afin que ce droit ne devînt pas pour la méchanceté un moyen facile de vexer les citoyens, elle a dû en restreindre l'exercice à un petit nombre de personnes.

245. Parmi ces personnes, il en est une, le conjoint, dont la qualité seule forme la preuve d'un empêchement dirimant; celle-là est toujours recevable et fondée. V. art. 172, et remarquez que le même droit n'est pas ouvert à celui qui réclamerait l'effet d'une promesse de mariage.

246. Il est d'autres personnes qui sont légalement présumées agir par de bons motifs : ce sont les ascendants, suivant l'ordre indiqué par la loi (1). Même après que leur consentement n'est plus nécessaire, ils sont toujours recevables à s'opposer, sauf à examiner s'ils sont fondés. V. art. 173.

246 *bis*. I. Le droit d'opposition, réservé aux père et mère et autres ascendants après que leur consentement a cessé d'être nécessaire, n'est point destructif de la capacité acquise aux majeurs pour le mariage; ce n'est qu'un moyen dilatoire, qui arrête la célébration, mais seulement jusqu'à la main-levée, qui peut être obtenue en justice, si elle n'est pas volontairement consentie. La main-levée doit être accordée, s'il n'existe pas d'empêchement légal, car le refus de l'ascendant ne constitue plus en lui-même un empêchement de ce genre. Quelque graves donc que puissent être les considérations qui, en fait, motiveraient l'opposition, les juges ne peuvent,

(1) La mère n'est admise à s'opposer qu'*à défaut* du père; c'est seulement *à défaut* de père et mère que la loi admet l'opposition des aïeuls et aïeules.

sans tomber dans l'arbitraire, s'attribuer le pouvoir de la maintenir. (v. C. c. Cass. 7 nov. 1814 (1).

246 *bis*. II. La loi n'appelle la mère qu'*à défaut* du père, et les aïeuls et aïeules *à défaut* des père et mère ; il est, du reste, évident que par *défaut* il faut entendre prédécès ou impossibilité de manifester la volonté (v. art. 149, 150). Quant aux aïeuls et aïeules, appelés à défaut de père et mère, les termes de la loi les admettent par concurrence. Il s'ensuit que le consentement des ascendants d'une ligne n'ôte pas aux ascendants de l'autre ligne le droit de former opposition ; sans préjudice, bien entendu, de la main-levée qui devrait être donnée, par application de l'article 150 *in fin.*, s'il n'y a d'autre obstacle au mariage que le dissentiment de l'opposant ou des opposants.

Par la même raison, on pourrait croire que dans chaque ligne le consentement de l'aïeul n'ôterait pas à l'aïeule le droit de former opposition, mais cette idée serait en contradiction avec le principe qui n'admet la mère à former opposition qu'à défaut du père. Il y a analogie complète entre la position de l'aïeule par rapport à l'aïeul, son mari, et celle de la mère par rapport au père (Comp., art. 148 *in fin.* et 150, al. 1). J'en conclus que dans chaque ligne l'aïeule ne peut former opposition qu'à défaut de l'aïeul. Pareillement, si, comme je le pense, les ascendants du degré supérieur doivent, à titre d'*aïeuls*, être admis à former opposition, je crois que ce ne peut être qu'à défaut d'ascendant plus proche. A cet égard, j'argumente par analogie de la loi qui n'admet les aïeuls et aïeules qu'à défaut de père et mère (v. ci-dessus n° 211 *bis*. I et II).

247. La troisième classe de personnes, formée de collatéraux d'un certaine qualité (2), n'est admise qu'à défaut d'aucun ascendant, et sous la condition expresse que les opposants soient majeurs. Elle ne peut d'ailleurs fonder son opposition que sur les deux motifs prévus par la loi, défaut de consentement du conseil de famille et démence du futur époux. Hors ces deux cas, les collatéraux seraient non recevables.

Bien plus, comme l'opposition pour cause de démence pour-

(1) J. P., tom. 41, p. 458.

(2) La loi comprend exclusivement, dans sa disposition, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains. Il paraît, du reste, qu'il y a entre eux concurrence.

rait souvent être légèrement formée, cette opposition ne peut être reçue qu'à la charge de provoquer l'interdiction; auquel cas le jugement fixe le délai dans lequel la demande sera faite et jugée; mais, comme ce délai même serait un succès pour la malice, la loi a dû laisser au tribunal, s'il se croit suffisamment éclairé, le pouvoir de donner main-levée *pure et simple*. V. art. 174.

247 *bis*. I. La rédaction de l'article 174 est manifestement vicieuse, elle n'exprime pas clairement que le droit d'opposition n'appartient, *dans aucun cas*, à d'autres collatéraux, et qu'à eux-mêmes qui sont ici désignés le droit n'est *jamais* accordé qu'à défaut d'ascendants et sous la condition d'être majeurs. Mais, sur tous ces points, la pensée n'est pas douteuse; évidemment, la théorie de la loi est que le droit d'opposition n'appartient à personne, ou du moins à aucun particulier, s'il n'est conféré par une disposition formelle (1). C'est bien, au surplus, ce que suppose l'article 176 quand il exige que l'acte d'opposition énonce la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former.

247 *bis*. II. La loi n'admet les collatéraux qu'à défaut d'*aucun ascendant*, donc les bisaïeuls mêmes leur feraient obstacle; j'en ai conclu que les ascendants du degré supérieur participent eux-mêmes, à leur rang, au droit d'opposition accordé aux *aïeuls* (v. ci-dessus n° 211 *bis*. I).

247 *bis*. III. Les seuls collatéraux admis sont le frère et la sœur, l'oncle et la tante, le cousin et la cousine germains (art. 174). Ces divers titres, aussi bien que ceux de père et mère et d'aïeuls ne s'appliquent directement qu'à la parenté, quoique l'alliance les lui emprunte. Mais, dans une matière de droit aussi étroit, je pense qu'on doit s'en tenir à la rigueur des termes, et refuser, en conséquence, aux alliés, quels que soit leur ligne et leur degré, le droit d'opposition.

Cela d'ailleurs est évident en ce qui concerne l'opposition pour cause de démence, qui n'est jamais admise qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction : il faut bien pour cela que l'opposant soit parent (v. art. 490).

(1) Hors des cas prévus par la loi, la personne quelconque qui connaîtrait l'existence d'un empêchement ne pourrait qu'en donner officieusement avis à l'officier de l'état civil, ou pour plus de sûreté au commissaire du gouvernement.

Il va sans dire, au reste, que les parents admis à former opposition pour les deux causes déterminées sont uniquement ceux du futur qui a besoin du consentement, ou dont la démence est alléguée. La même observation s'appliquera au tuteur.

248. Concurremment avec les collatéraux, ou à leur défaut, et seulement pour les mêmes causes, la loi admet aussi l'opposition du tuteur ou curateur; encore exige-t-elle l'autorisation du conseil de famille. V. art. 175.

248 *bis*. I. Ainsi que les parents collatéraux, le tuteur ou curateur ne peut former opposition que *dans les deux cas prévus par l'article* 174 (1), c'est-à-dire pour les deux causes exprimées dans cet article, savoir, le défaut de consentement du conseil de famille et l'état de démence; mais je ne vois pas que son droit ainsi limité ne puisse, comme celui des collatéraux, s'exercer qu'à défaut d'ascendants. L'existence d'ascendants fait bien défaillir une des deux causes indiquées, puisqu'elle empêche le consentement du conseil de famille d'être requis; mais l'autre peut subsister; et il me paraît utile que la famille du mineur puisse, dans le silence d'un ascendant, aveuglé peut-être sur l'état mental de son descendant, protéger celui-ci, en autorisant le tuteur ou curateur à former opposition pour cause de démence.

248 *bis*. II. Hors ce cas, il arrivera rarement que le tuteur ou curateur, à qui l'autorisation du conseil de famille est toujours nécessaire, forme opposition au mariage d'un mineur pour cause de démence; car si le conseil de famille, dont le consentement est requis par l'article 160, a donné ce consentement, il n'autorisera pas l'opposition; et, dans le cas contraire, il sera plus simple et souvent préférable de fonder l'opposition sur le défaut de consentement. Toutefois, je ne veux pas dire qu'on n'aurait pas quelquefois de bonnes raisons pour la fonder plutôt sur la démence, surtout si la majorité approche et doit bientôt faire cesser l'obstacle tiré du défaut de consentement. Je concevrais aussi que l'opposition pour cause de démence parût plus propre à déterminer, de la part des intéressés, l'abandon du projet de mariage.

Enfin c'est aussi et uniquement pour cause de démence que le tu-

(1) Telle est certainement la pensée de la loi, quoique la rédaction de l'article 175 présente sur ce point un vice du même genre que le vice signalé dans celle de l'article 174.

teur d'une personne majeure déjà interdite pourrait, avec l'autorisation du conseil de famille, former opposition au mariage de cette personne.

249. Au nombre des personnes admises à former opposition, la loi ne mentionne pas le ministère public. Cependant, si son droit à cet égard peut être mis en question, c'est plutôt en la forme qu'au fond. Comment, en effet, ne pas reconnaître au ministère public le pouvoir d'agir pour empêcher la célébration d'un mariage contraire à la morale ou à l'ordre public, lorsque son devoir serait de l'attaquer s'il avait été abusivement célébré (v. art. 184, 190, 191)?

Là évidemment s'applique le principe qui charge spécialement le ministère public de poursuivre l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public (v. Loi 20 août 1810 (1), art. 46). Je remarque même qu'il ne serait pas nécessaire, pour motiver l'action du ministère public, de supposer l'existence d'un empêchement *dirimant:* tout empêchement légal devrait suffire; car, de ce que la contravention, si elle était commise, n'entraînerait pas nullité, ce n'en serait pas moins une infraction à l'ordre, qu'il importe de prévenir.

249 *bis.* Reste maintenant la question de forme. Il s'agit de savoir s'il ne suffit pas au ministère public, sans former opposition par le ministère d'huissier, d'employer simplement la voie d'instruction ou d'injonction à l'officier de l'état civil. Cette marche simple devra sans doute être souvent préférée, et elle atteindra le but qu'on doit se proposer; car l'officier de l'état civil ne manquera guère de s'arrêter devant l'injonction du supérieur chargé spécialement de constater et de poursuivre les contraventions qu'il pourrait commettre (v. art. 53). Il refusera donc la célébration; et, pour vaincre sa résistance, les parties n'auront d'autre ressource que de l'assigner devant les tribunaux, auxquels, comme au cas d'opposition, reviendra ainsi la décision.

Toutefois, la procédure ordinaire par voie d'opposition étant toujours celle qui offre à tous les intérêts le plus de garantie, je ne vois pas de bonne raison pour l'interdire au ministère public, auquel,

(1) IV, B. 282, n° 5351.

par les motifs que j'ai exposés, on est bien forcé de reconnaître le droit d'agir pour empêcher la célébration d'un mariage illégal.

250. La forme de l'opposition et de la procédure qui en est la suite est réglée de la manière la plus propre à prévenir l'abus du droit d'opposition. Concentrer effectivement l'exercice de ce droit dans la classe des personnes désignées par la loi et dans les cas qu'elle détermine; assurer d'une part l'efficacité de l'opposition, et d'autre part préserver les futurs des lenteurs, si préjudiciables en cette matière : tel est le but que le législateur a dû se proposer.

251. L'opposition se forme par exploit. Outre les formalités communes à tous les exploits, l'acte doit être signé par l'opposant lui-même ou son fondé de pouvoir (1). Il énonce la qualité des opposants, et, s'il y a lieu, les motifs de l'opposition. Nous disons *s'il y a lieu*, car cette dernière énonciation ne pouvait être exigée dans l'opposition des ascendants : lors même qu'ils auraient pour but unique de retarder le mariage, ils seraient encore censés agir par de bons motifs. L'acte contient, en outre, élection de domicile dans le lieu où le mariage *doit être célébré*. L'omission de la qualité ou des motifs et celle de l'élection de domicile emporteraient nullité et interdiction de l'huissier. L'exploit, du reste, est signifié dans la forme ordinaire, tant aux parties qu'à l'officier de l'état civil; celui-ci, comme tout officier public recevant en cette qualité une signification (v. C. pr., art. 68, 69), doit mettre son *visa* sur l'original. V. art. 66 et 176; v. au surplus art. 67-69.

251 *bis*. I. En appliquant ici la règle de l'article 1030 du Code de procédure, et en argumentant *à contrario* de l'article 176 du Code civil, on conclurait que la signature par la partie ou son fondé de pouvoir et les formalités de la signification ne sont pas prescrites, à peine de nullité. Nous pensons, au contraire, qu'une signature exigée par la loi dans un acte est toujours un élément essentiel en l'absence duquel l'acte n'a pas d'existence légale. Quant aux formalités

(1) La procuration doit être spéciale et authentique (art. 66).

de la signification, et notamment la nécessité du *visa*, l'article 66 ne faisant qu'appliquer au cas particulier les règles générales pour la signification des exploits, nous pensons que notre article trouve son complément naturel dans les articles 68 et 70 du Code de procédure, qui prononcent formellement la nullité. Du reste, l'article 1030 du Code de procédure n'a pas ici d'application directe, puisque l'acte dont il s'agit n'est point prescrit et réglé par le Code de procédure. Quant à l'argument *à contrario* tiré de l'article 176, il perd beaucoup de sa force si l'on considère que les deux articles appartiennent à deux lois différentes qui n'ont pas été faites en même temps.

251 *bis*. II. L'opposition devant être signifiée *aux parties*, nous pensons que c'est aux deux parties, qui ont également intérêt à contredire et à demander main-levée. Quant à la signification à l'officier de l'état civil, il suffit évidemment de la faire à l'un de ceux qui ont fait des publications, puisqu'on ne peut passer outre au mariage sans un certificat de non-opposition délivré par l'officier de l'état civil de chacune des communes où les publications ont été faites, art. 69.

251 *bis*. III. L'élection de domicile tendant à faciliter, dans l'intérêt des futurs, la procédure en main-levée (v. art. 111), c'est dans le lieu où le mariage doit être célébré qu'est prescrite cette élection. Mais, si les futurs ont des domiciles différents, et peut-être dans d'autres cas encore (v. ci-dessus n° 228), la célébration du mariage est possible dans plusieurs communes (v. art. 74). Exiger, en vue de ces cas, l'élection de domicile dans chacune de ces diverses communes, ce serait rigoureux et contraire aux termes de la loi, qui n'en prescrivent qu'une. D'un autre côté, l'opposant n'est pas obligé de savoir, et peut ignorer en fait, dans laquelle des communes les futurs se proposent effectivement de faire célébrer le mariage. Il semble donc qu'il se conformera suffisamment à la loi en élisant domicile dans la commune où l'article 74 a dit que le mariage serait célébré, c'est-à-dire dans la commune du domicile de l'un ou de l'autre époux. Peut-être cependant, si on lui prouvait qu'il connaissait à cet égard l'intention des parties par le fait de remise des pièces déjà opérée entre les mains de l'officier du domicile de l'une d'elles; peut-être, disons-nous, son élection de domicile dans la commune de l'autre

serait-elle alors jugée irrégulière, ce qui frapperait de nullité l'acte d'opposition.

251 *bis*. IV. L'huissier doit, à peine de nullité et d'interdiction, énoncer la qualité et les motifs. Il est clair que, dans la pensée du législateur, ce doit être une qualité et des motifs autorisés par les articles 172-175. L'huissier devrait donc refuser son ministère à celui qui voudrait former opposition en une autre qualité et pour d'autres motifs. Je crois même que, s'il le prêtait, il pourrait, dans des circonstances graves, encourir responsabilité (art. 1382). Mais si l'opposant, à tort ou à raison, prétend que sa qualité ou ses motifs rentrent dans les termes des articles ci-dessus, il n'appartient pas à l'huissier de se constituer à cet égard juge d'un point de droit; il fera donc bien de signifier l'opposition. Bien plus, s'il refusait son ministère, il pourrait être tenu de dommages-intérêts; mais, bien entendu, dans le cas seulement où la qualité ou le motif considérés par lui comme illégaux seraient au contraire jugés légaux.

252. L'opposition dûment faite et signifiée arrête le mariage, jusqu'à la main-levée consentie ou ordonnée. La loi prescrit à cet effet les formalités nécessaires pour que la connaissance des oppositions ou de leur main-levée ne puisse échapper à l'officier de l'état civil requis de célébrer le mariage; et cela, soit qu'il ait lui-même reçu la signification, soit qu'elle ait été faite à l'officier de toute autre commune, dans laquelle les publications auraient eu lieu (1). Aussi le fait de la célébration du mariage, nonobstant une opposition subsistante, entraînerait-il contre cet officier une peine (2), sans préjudice des dommages-intérêts envers qui de droit. V. art. 67, 68 et 69.

(1) Dans ce but, l'officier de l'état civil qui reçoit l'opposition doit faire sans délai, sur le registre des publications, mention sommaire des oppositions, et en marge de cette inscription, mention des jugements ou actes de main-levée (art. 67). Dès lors, avant de célébrer le mariage, l'officier de l'état civil, qui doit constater dans l'acte l'absence d'opposition (art. 69, 76-7°), s'assurera, en consultant son propre registre, qu'il n'en existe pas entre ses mains. Quant à celles qui auraient pu survenir dans les autres communes, il en sera informé au moyen des certificats de non-opposition que les parties doivent lui remettre. Ces certificats, au reste, doivent avoir été délivrés d'après les mêmes éléments par l'officier de l'état civil de chacune des communes dans lesquelles auront été faites les publications (art. 69).

(2) La peine consiste dans une amende de 300 francs (art. 68).

252 *bis*. L'officier de l'état civil doit s'arrêter devant une opposition dûment signifiée. Il ne lui appartient pas de se constituer juge, soit du fondement de cette opposition, soit de la légalité des motifs ou de la qualité, soit enfin de la régularité de l'explôit. Lors même donc que l'opposition serait formée hors des termes des articles 172-175, ou que l'acte ne contiendrait pas les mentions exigées à peine de nullité, l'officier de l'état civil ne sera jamais repréhensible pour s'être abstenu; que s'il avait passé outre à ses risques et périls, je crois qu'il serait affranchi de toute peine en faisant juger l'opposition nulle ou non-recevable, mais non en la faisant juger mal fondée.

253. Quant à la demande en main-levée, elle se porte devant le tribunal de première instance, qui juge sauf l'appel. Il n'y a rien de particulier pour les délais d'ajournement et d'appel; mais l'urgence ne permettant pas ici de suivre le tour de rôle, les juges, tant de première instance que d'appel, doivent prononcer dans les dix jours de l'acte qui les saisit. V. art. 177, 178.

253 *bis*. I. Les délais prescrits par les articles 177 et 178 n'emportent pas déchéance ou péremption de l'instance, car la loi ne l'a pas dit. La sanction pourrait consister, suivant les cas, dans une condamnation aux dommages et intérêts contre la partie qui n'aurait pas fait les diligences nécessaires pour faire juger dans le délai; que si le retard provient du fait du juge, il n'y a pas en général de sanction pénale, sauf le cas où ce retard pourrait passer pour déni de justice. En tout cas, le délai n'est qu'en faveur de ceux qui provoquent le mariage. Eux seuls, conséquemment, et non les opposants, seraient reçus à argumenter contre leurs adversaires de son inobservation (v. C. c., rej., 4 nov. 1807 (1).

253 *bis*. II. Le délai d'appel n'étant point suspensif, les parties dont le mariage était arrêté par l'opposition peuvent, en vertu du jugement de première instance, huit jours après sa prononciation (C. pr., art. 449, 450) et en fournissant à l'officier de l'état civil les justifications requises par l'article 548 du Code de procédure, faire procéder à la célébration du mariage, sauf aux opposants à arrêter la célébration en signifiant leur appel. Mais, quand une fois la main-levée est prononcée sur l'appel, les parties peuvent, en se procurant

(1) J. P., tom. 22, pag. 257.

immédiatement expédition de l'arrêt et la produisant à l'officier de l'état civil, exiger qu'il les marie. Il en serait ainsi quand même un pourvoi en cassation sera déjà dirigé contre l'arrêt; car il est de principe que le pourvoi en cassation, en matière civile, n'est pas suspensif. Le Code avait dérogé à ce principe en matière de divorce (art. 263) ; et peut-être y avait-il motif pour introduire ici la même exception. Quoi qu'il en soit, le législateur ne l'ayant pas fait, il est évident que le droit commun reste applicable (v. arr. c. r. de Paris, 19 septembre 1815 (1)).

254. L'opposition pouvant, sous plusieurs rapports, causer un grave préjudice aux parties dont elle arrête le mariage, celui qui par sa faute a causé ce préjudice en doit la réparation. Toutefois, la disposition n'est point applicable aux ascendants, qui, sous ce rapport, ne peuvent jamais être réputés en faute. V. art. 179.

254 *bis*. I. La loi ne s'est expliquée qu'à l'égard des dommages-intérêts; quant aux dépens, ce sont les articles 130 et 131 du Code de procédure qui restent applicables. D'où il résulte :

1° Que les ascendants comme les autres pourraient, s'ils succombaient, être condamnés aux dépens; ce qui, du reste, n'arrivera guère, l'esprit de la loi prescrivant aux juges d'user alors de la faculté qu'ils ont de compenser;

2° Que les opposants autres que les ascendants pourront n'être pas condamnés aux dépens, si leur qualité autorise la compensation.

254 *bis*. II. Il est un cas où l'ascendant lui-même pourrait, selon moi, être passible de dommages-intérêts; c'est celui où, après la main-levée d'une première opposition, il en formerait une nouvelle devant laquelle l'officier de l'état civil jugerait à propos de s'arrêter. En effet, cette seconde opposition n'est pas fondée sur le droit conféré par la loi aux ascendants de s'opposer même sans motif; ce droit est épuisé. Donc la seconde opposition est une faute, ou du moins peut être jugée telle, auquel cas l'article 1382 devient applicable. Dans un cas semblable, la cour de Paris, dans l'arrêt ci-dessus cité du 19 septembre 1815, a condamné l'ascendant aux dépens (nonobst. C. pr., art. 131). Je crois qu'elle aurait pu la condamner, même aux dommages-intérêts, s'il en avait été demandé.

(1) J. P., tom. 43, pag. 391.

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

255. L'absence des qualités, l'inobservation des conditions ou des formalités requises pour le mariage peuvent, suivant les cas, produire la nullité.

Sous le nom de nullité on comprend en droit deux idées fort distinctes dans leur principe, mais qui se rapprochent dans leur conséquence, savoir, la *nullité* proprement dite, ou *nullité de droit*, et l'*annulabilité* ou *nullité* par voie d'action. Dans un cas les conditions constitutives manquant absolument, l'acte en question n'a pas d'existence légale, *nullus est actus;* il n'y a qu'une apparence à détruire. Aussi point de confirmation possible; en tout temps, toute partie intéressée pourra faire déclarer la vérité.

Dans l'autre cas il y a vraiment un acte générateur de droit, mais infecté d'un vice qui en détruit *conditionnellement* l'existence. La condition consiste dans une attaque à diriger en temps utile, par qui de droit, et dans le jugement à intervenir sur cette attaque. Si la condition s'accomplit, l'acte est censé n'avoir pas existé. Mais, si l'acte est confirmé avant l'accomplissement de la condition, ou si la condition vient à défaillir, le vice est effacé et l'acte subsiste légalement depuis le commencement.

255 *bis.* La nullité de droit est absolue, en ce sens qu'elle n'est subordonnée ni à la qualité de la personne qui l'invoque, ni au temps dans lequel on l'invoque.

La nullité est relative quand le droit de l'invoquer n'appartient qu'à certaines personnes. J'appelle aussi de ce nom celle qui, bien qu'invocable par tout intéressé, ne l'est que pendant un certain temps. Du reste, je n'hésite pas à dire que toute nullité simplement relative n'est qu'une nullité par voie d'action.

256. La distinction des deux espèces de nullité me paraît applicable au mariage. Quoique le législateur confonde ici sous

la rubrique des *demandes en nullité* les cas de nullité proprement dite et les cas d'annulation. Les uns et les autres, au reste, donnent lieu, en effet, à une demande en justice; car la célébration, même irrégulière, donnant au mariage une existence de fait, il faut bien recourir à la justice, soit pour faire déclarer la nullité, soit pour faire prononcer l'annulation.

256 *bis*. I. Ma pensée est que le fait de l'existence d'une célébration antérieure, tant que les tribunaux n'en ont pas prononcé ou déclaré la nullité, ne permet pas à l'officier public de procéder à une nouvelle célébration soit entre l'un des époux et une autre personne, soit même entre les époux qui voudraient ainsi régulariser leur union. Cela est surtout évident quand le premier mariage est seulement *annulable;* mais j'entends appliquer la décision au cas même de *nullité* proprement dite ou *nullité de droit.* Car l'officier public n'a pas plus qualité pour reconnaître et déclarer celle-ci que pour opérer celle-là.

Remarquons toutefois que ce n'est là qu'un empêchement prohibitif; et que, s'il avait été procédé à la nouvelle célébration, la validité du second mariage dépendrait de la décision à intervenir sur la validité ou la nullité du premier (v. art. 189).

256 *bis*. II. Mais, avant même que la nullité soit prononcée ou déclarée, il est clair que les époux, s'ils la connaissent, sont obligés en conscience à s'abstenir provisoirement de la cohabitation. De là peut naître une assez grave difficulté quand il s'agit d'une nullité purement relative, qui peut se couvrir, mais qui, en attendant, laisserait planer sur la légitimité du commerce des deux époux une incertitude inconciliable avec les préceptes de la saine morale. Cette difficulté existe surtout à l'égard de l'époux à qui ne compète pas l'action en nullité, et qui semblerait dès lors légalement tenu envers l'autre à la cohabitation tant que l'action en nullité ne serait pas intentée par qui de droit. Mais je ne puis croire qu'il en soit ainsi, car la loi ne saurait imposer la violation d'un devoir de conscience. Je pense donc que cet époux serait autorisé à refuser la cohabitation jusqu'à la réhabilitation du mariage sujet à nullité. Je sais bien qu'il en est autrement dans les contrats ordinaires qui, tout annulables qu'ils seraient, à la demande de l'une des deux parties, devraient être provisoirement exécutés par l'autre, à laquelle n'appartient pas

l'action en nullité. Mais c'est que, dans les contrats ordinaires, cette exécution peut avoir lieu sans violation d'un devoir de conscience.

257. La loi prévoit divers cas donnant lieu à demande en nullité, et règle distinctement, pour chacun ou pour quelques-uns réunis, par quelles personnes, dans quel temps, et sous quelles limitations, la demande peut être formée (art. 180-193).

Les articles 194-200 sont relatifs à la preuve du mariage, preuve dont l'absence ne peut se confondre avec un cas de nullité, mais amène le même résultat.

Enfin les articles 201 et 202 proclament les effets réservés au mariage déclaré nul, quand il y a eu bonne foi des deux époux ou de l'un d'eux.

258. Les cas prévus par la loi sont au nombre de six :

1° Vice du consentement des époux ou de l'un d'eux (art. 180, 181);

2° Absence du consentement des personnes sous la puissance desquelles les mineurs se trouvent placés (art. 182, 183);

3° Défaut d'âge (art. 184, 185, 186, 187, 190);

4° Existence d'un premier lien (art. 184, 187, 188, 189, 190);

5° Parenté ou alliance aux degrés prohibés (art. 184, 187, 190);

6° Contravention aux règles de publicité et de compétence (art. 191-193).

Ces six cas ne comprenant pas toutes les infractions aux règles et conditions du mariage (v. art. 151, 159, 25, 228, 295, 298, 348 et ci-dessus n° 225), il y a lieu d'examiner si et comment la nullité pourrait être appliquée dans les divers cas omis dans ce chapitre.

259. A cet égard, deux systèmes sont en présence : l'un refuse absolument et indistinctement de reconnaître une nullité de mariage, si un texte de loi ne confère à quelqu'un qualité pour la demander et ne règle l'exercice de l'action.

L'autre, partant de l'idée que tout ce qui est fait contre la

prohibition de la loi est nul de soi, distingue parmi les règles ici omises si elles sont ou non énoncées en termes prohibitifs, et conclut pour la nullité toutes les fois qu'il y a prohibition.

260. Selon moi, chacun des deux systèmes est trop absolu, et je pense qu'il faut les combiner tous deux pour être dans le vrai.

Voici, en deux mots, ma théorie : la doctrine ne peut reconnaître l'existence d'une nullité, si cette nullité n'est appuyée sur les termes de la loi. Mais, pour trouver la base dans la loi, il n'est pas nécessaire que la nullité soit formellement prononcée : à cet égard, la formule prohibitive peut suffire, car elle est de sa nature irritante; et toutefois on ne doit lui reconnaître cet effet qu'autant qu'il n'apparaît pas de l'intention contraire du législateur.

260 *bis*. I. La formule prohibitive, étant de sa nature irritante suffit en général pour faire admettre la nullité. Mais ce n'est là qu'une règle d'interprétation, qui cède devant des considérations de divers genres propres à manifester l'intention contraire du législateur.

La nullité doit s'induire plus ou moins facilement de la formule prohibitive, suivant que la règle a ou n'a pas d'autre sanction.

L'omission d'un cas d'infraction, dans le chapitre *Des Nullités*, est plus ou moins significative contre la nullité, suivant que la règle enfreinte fait ou non partie du titre *Du Mariage*, le seul qu'on eût actuellement sous les yeux quand on a rédigé le chapitre IV.

L'importance de la règle conçue en termes prohibitifs, sa plus ou moins grande analogie avec quelqu'un des cas de nullité formellement prévus, doivent aussi être prises en grande considération dans la question de nullité.

260 *bis*. II. Cela posé, il n'y a d'abord aucune difficulté à déclarer non-irritantes les conditions relatives aux actes respectueux et aux publications (v. pourtant art. 170, et ci-dessus n° 242 *bis*. I et II).

Mais, d'après la théorie exposée, je considère comme irritantes les prohibitions contenues aux articles 295, 298 et 348; car ces règles, proclamées hors du titre *Du Mariage*, et qui n'ont pas d'ailleurs d'autre sanction, sont fondées sur de graves motifs de morale et d'ordre public, et offrent, sous ce rapport, analogie avec les em-

pêchements de parenté et d'alliance compris dans les termes de l'article 184, dont je leur appliquerais en tout point la disposition.

260 *bis*. III. Je considérerais aussi comme irritante la condition du consentement d'un tuteur *ad hoc* pour le mariage d'un enfant naturel mineur, et j'appliquerais l'article 182, qui veut évidemment comprendre tous les cas où un consentement nécessaire a manqué. Autrement la règle protectrice du mineur sans famille resterait dépourvue de sanction. Car, si l'on ne veut point sous-entendre le cas omis dans l'article 182, on ne pourrait pas davantage le sous-entendre dans l'article 156.

260 *bis*. IV. Au contraire, je ne considérerais pas comme irritante la disposition de l'article 228. Cette règle, écrite au titre *Du Mariage*, ne peut avoir été ici omise sans intention ; elle n'est pas non plus classée parmi les conditions du mariage : ce n'est, à bien dire, qu'une règle de police, qui ne s'observait même point autrefois en France, et qui n'a point son analogue ici. D'ailleurs, l'empêchement qu'elle crée n'étant que temporaire, il eût été trop rigoureux d'en faire un empêchement dirimant. Du reste, si quelque doute pouvait naître de ce que le Code avait omis de sanctionner autrement la prohibition, cette omission est réparée par l'article 194 du Code pénal (v. C. c., rej., 27 octobre 1811 (1)).

260 *bis*. V. C'est aussi comme simplement prohibitif que je regarde l'empêchement résultant de l'engagement dans les ordres sacrés et des vœux religieux (v. ci-dessus nº 225 *bis*. II et III).

260 *bis*. VI. Il reste à s'expliquer sur les effets de l'incapacité résultant de la mort civile (art. 25). Sur ce point il n'y a pas de difficulté : le mariage du mort civilement ne produit aucun effet civil, et toute partie intéressée est admise à invoquer ce principe. Cet effet est semblable à celui d'une nullité absolue ; mais ce cas n'appartient pas à la matière des nullités, et ne devait pas dès lors être compris ici. La nullité, en effet, n'est jamais que la conséquence d'une infraction. Or ici il n'y a aucune infraction, car la loi ne défend pas le mariage au mort civilement ; elle refuse seulement les effets civils à son mariage. Aussi n'y aurait-il pas lieu à intervention du ministère public pour faire condamner les époux à se séparer.

261. Parmi les nullités dont la loi a réglé ici les conditions,

(1) J. P., tom. 32, pag. 225

il en est qui sont plus particulièrement fondées sur l'intérêt privé; d'autres se rattachent plus directement à l'ordre public. Les premières ne peuvent naturellement être invoquées que par les personnes dans l'intérêt desquelles la règle enfreinte était établie. Au contraire, la nullité résultant d'un empêchement d'ordre public peut en général être demandée par tous les intéressés et par le ministère public.

En outre, il est des nullités produites par un vice qui peut cesser; celles-là sont de nature à se couvrir quand le vice n'existe plus; ce caractère, commun à toutes les nullités d'intérêt privé, n'est pas même exclusivement borné à celles-là (v. en effet art. 185), quoique, en principe, il ne s'applique qu'à elles.

261 *bis*. I. Toute nullité qui peut se couvrir n'est par là même qu'une cause d'annulation qui n'empêche pas l'existence de droit jusqu'au jugement qui annule. Autrement on ne concevrait pas que le mariage dont la nullité est couverte existât légalement sans nouvelle célébration.

261 *bis*. II. Lorsque le fait ou la circonstance qui purge le vice ne survient qu'après l'action intentée, on pourrait croire qu'elle ne suffit pas pour faire tomber cette action qui était fondée dans son principe. Mais, selon moi, la sentence du juge fait partie de la condition qui suspend la nullité uniquement fondée sur le vice d'origine. Si donc le vice est purgé avant l'accomplissement de la condition, cet accomplissement devient impossible. D'où je conclus que le juge ne peut plus prononcer la nullité.

261 *bis*. III. Si l'on combine ces principes avec ceux de la force de la chose jugée, on arrive à dire que le vice peut être utilement purgé, même après le jugement de première instance, tant qu'il n'est point passé en force de chose jugée, pourvu, bien entendu, qu'on l'attaque en temps utile.

262. En appliquant les principes exposés, on conçoit que le vice du consentement des contractants ne produit qu'une nullité relative, et qu'elle peut être proposée uniquement par celui qui n'a pas valablement consenti. La loi, du reste, n'in-

dique ici comme vices du consentement que le défaut de liberté et l'erreur dans la personne. V. art. 180.

262 *bis*. I. Il ne faut pas confondre avec les simples vices de consentement, cause de nullité relative, l'absence entière de consentement, qui, réduisant le mariage à une simple apparence, permet en tout temps à tout intéressé de repousser les conséquences de ce prétendu mariage, puisque la loi, d'accord avec les principes essentiels de la matière, déclare qu'il n'a point existé (art. 146, v. ci-dessus n° 207 *bis*.)

Remarquons, au reste, que cette distinction, incontestable en doctrine et en théorie, sera d'une rare application pratique; car les formes exigées pour la célébration du mariage laissent peu de place à la supposition d'un défaut absolu de consentement entre les parties qui ont déclaré mutuellement se prendre pour mari et femme. Toutefois, je crois qu'à un certain degré l'erreur et l'aliénation mentale pourraient être considérées comme entièrement destructives de la volonté, et par conséquent du consentement. Les juges alors, quand ils seront bien convaincus, devront, en appliquant l'article 146, s'affranchir des entraves et limitations contenues aux articles 180 et 181.

262 *bis*. II. Trois vices de consentement sont indiqués au titre *Des Contrats*, comme causes de nullité, l'erreur, la violence et le dol (v. art. 1109, 1117). Deux seulement sont ici rappelés: la violence, sous le nom de défaut de liberté, et l'erreur. L'omission du dol est faite à dessein, et l'énonciation de ce troisième vice ne doit pas être ici suppléée.

Le dol n'est, en général, une cause de nullité qu'en raison de l'erreur qu'il produit (v. art. 1116); son effet, à cet égard, se borne à faire prendre en considération, pour l'annulation du contrat, une erreur dont la gravité serait par elle-même insuffisante pour vicier le consentement. La nullité pour dol ne se prononce donc qu'à titre de réparation due par son auteur à la partie trompée. Cela se justifie très-bien dans les contrats ordinaires dont les effets sont concentrés entre les contractants. Mais on ne concevrait pas que le mariage, qui forme un état social, et sert ainsi de base à tant d'intérêts divers, pût être annulé à titre de réparation du tort causé par une partie à l'autre. Ainsi, qu'elle provienne ou non d'un dol, l'erreur n'annulera jamais le mariage si elle n'a pas les qualités requises.

262 *bis.* III. Il faut qu'il y ait erreur *dans la personne*, ce qui ne signifie pas nécessairement que l'erreur doive porter sur l'individu physique d'une personne prise pour une autre. Il peut suffire, selon moi, que l'erreur porte sur les qualités constitutives de la personnalité. C'est ainsi que, dans les contrats qui ont pour objet des choses, il n'est pas nécessaire que l'erreur existe *in ipso corpore rei*, il suffit qu'elle porte sur *la substance*, c'est-à-dire, sur une qualité tellement importante que son absence empêche la chose d'être celle que le contractant avait en vue (v. art. 1110).

Les qualités que je considérerais en cette matière comme substantielles, et proprement constitutives de la personnalité, sont celles qui, rendant l'individu habile au mariage, en font une personne *mariable.*

Ainsi, l'erreur sur une qualité qui, comme la castration ou l'impuissance, rend impossible la fin principale du mariage me paraît une erreur substantielle donnant lieu à nullité (v. ci-dessus n° 225 *bis.* IV).

J'en dis autant de l'erreur sur un caractère qui ne permettra pas au conjoint trompé de concilier avec sa conscience l'état et les devoirs du mariage, comme si une catholique avait à son insu épousé un prêtre. Alors, quelque parti qu'on prenne sur la force, dans l'ordre civil, de l'empêchement de prêtrise, on devrait sans balancer admettre la nullité pour cause d'erreur *dans la personne* (v. arr. C. de Colmar, 6 déc. 1811) (1).

Quant à l'erreur sur l'état civil, elle peut, suivant les cas, constituer une erreur sur l'individu même, comme si une personne se présente à moi sous le nom de celle que je venais épouser. Dans ce cas, la nullité serait incontestable. Mais, si la personne épousée est bien l'individu qu'on voulait épouser, en lui supposant seulement un autre état, j'y verrais difficilement une erreur dans la personne, l'aptitude au mariage ne dépendant pas de tel ou tel état civil.

Peut-être cependant la condamnation à une peine infamante, dont le Code faisait une cause de divorce quand elle survenait pendant le mariage (art. 232), pourrait-elle être considérée comme changeant la personnalité. Si l'on adopte ce point de vue, on autorisera celui qui a épousé le condamné, dans l'ignorance de la dégra-

(1) J. P., tom. 32, pag. 588.

dation civique dont il est frappé, à demander la nullité pour erreur dans la personne.

Mais, hors les cas ci-dessus prévus, l'erreur sur les qualités physiques et morales, sur la fortune ou la bonne réputation, ne seraient certainement pas cause de nullité.

262 *bis*. IV. Le défaut de liberté consiste principalement dans le cas de violence, prévu et réglé par les articles 1111-1114. Ces quatre articles me paraissent ici d'une application directe. Mais je ne veux pas dire que la circonstance de violence soit toujours exigée pour constituer le défaut de liberté. Je crois, au contraire, que l'état de démence pourrait être considéré comme destructif, sinon du consentement lui-même, au moins de la liberté du consentement, et donner ainsi lieu à l'application de l'article 181. Par là, je trouve en partie comblée la lacune laissée par le législateur sur les effets de l'interdiction par rapport à la capacité de contracter mariage. (v. au surplus ci-dessus n° 224 *bis*. I).

262 *bis*. V. L'action en nullité pour vice de consentement n'appartient qu'à l'époux dont le consentement a été vicié. Il convient, en effet, de laisser à son appréciation la gravité du vice, que sa volonté postérieure, devenue libre et éclairée, peut d'ailleurs effacer. Ces motifs, qui suffisent toujours pour exclure l'action de l'autre partie, n'empêchent pourtant pas, en matière de contrats ordinaires, d'accorder aux héritiers et ayant-cause l'exercice de l'action en rescision appartenant à leur auteur. Mais ici il en est autrement, car l'action est attachée par les termes de la loi à la qualité d'*époux*, qualité qui ne se transmet pas comme celle de créancier ou de débiteur. Les héritiers d'ailleurs ne pourraient agir que dans un intérêt purement pécuniaire, intérêt qui n'est pas ici principal.

Quoi qu'il en soit, cet intérêt suffirait certainement pour maintenir l'exercice de l'action à l'époux lui-même, contre les héritiers de l'autre époux mort avant ou après l'attaque. Et ses propres héritiers ou ayant-cause pourraient aussi, selon moi, suivre l'action par lui commencée. Cela est conforme au principe général sur la transmissibilité des actions une fois intentées (v. *Gaius*, L. 139, ff. *de reg. juris;* v. aussi article 724, 330, 957, al. 2). D'ailleurs, l'attaque dirigée par l'auteur lui-même écarte la supposition de ratification de sa part, et anéantit ainsi l'un des motifs qui font, en général, refuser l'action aux héritiers et ayant-cause.

262 *bis*. VI. Tous ces principes s'appliqueront au cas de démence accompagnée ou non d'interdiction ; à moins que les circonstances ne soient assez graves pour faire déclarer une absence entière de consentement. Ainsi les héritiers du dément, si l'action n'a pas été intentée par lui-même ou en son nom, n'auront point l'exercice de cette action (v. C. c. cass., 9 janv. 1821 (1). Mais, s'il y a interdiction, je ne vois aucune bonne raison pour refuser cet exercice au tuteur.

263. La nullité pour vice de consentement peut naturellement se couvrir par un consentement postérieur ; la loi voit une preuve suffisante de ce consentement, et le principe d'une fin de non-recevoir, dans la cohabitation continuée pendant six mois, depuis la cessation de l'erreur ou de la violence. V. art. 181.

263 *bis*. I. Le vice du consentement rendant seulement le mariage annulable, un nouveau consentement libre et éclairé doit pouvoir le réhabiliter en purgeant le vice originaire. Il est évident que c'est à ce nouveau consentement, manifesté par la cohabitation de six mois, qu'est attribué ici l'effet de couvrir la nullité.

Je crois, d'après cela, qu'une ratification expresse dans les formes prescrites par l'article 1338 devrait produire le même effet. La loi, il est vrai, ne l'a pas dit; mais je ne vois pas là une raison suffisante pour repousser l'application d'une règle de droit commun. Il importe d'ailleurs que les époux aient la faculté de confirmer immédiatement, par un consentement purgé de tout vice, le mariage sujet à nullité. Et il ne faut pas que, pour obtenir cette confirmation, ils en soient réduits à se soumettre provisoirement à une cohabitation, que la morale réprouve tant que le mariage demeure annulable, lors surtout que c'est au gré d'un des époux qu'il peut être annulé. Qu'arriverait-il d'ailleurs si, comme je l'y crois alors obligé en conscience et fondé en droit, l'un des époux refusait la cohabitation ? la nullité ne pourrait donc jamais se couvrir ? Je sais qu'il resterait toujours aux époux, si, comme on le suppose, ils sont d'accord, le moyen de purifier leur union par une nouvelle célébration ; mais, pour cela, il faudrait commencer par faire prononcer la nullité ; ce qui obligerait à livrer

(1) J. P., tom. 60, pag. 5 ; v. aussi *Merlin*, Répert., tom. 16, v° *Mariage*, sect. VI, § II, art. 181.

à la publicité de l'audience des faits de fraude ou de violence que l'intérêt commun commande au contraire de laisser dans l'ombre. Tous ces inconvénients disparaissent si l'on admet avec moi la possibilité d'une simple ratification.

Quant à la ratification tacite, admise aussi par l'article 1338, et qui consiste dans l'exécution volontaire, je crois qu'on ne devra guère en admettre d'autre que la cohabitation continuée pendant le délai légal de six mois. On comprend, en effet, qu'en cette matière tout autre acte prétendu d'exécution volontaire, le fait même de la grossesse, aurait presque toujours un caractère équivoque.

Et, toutefois, l'article 181 n'étant pas conçu en termes limitatifs, et la force du consentement postérieur, de quelque manière qu'il soit manifesté, ne pouvant, en principe, être niée, je n'entends pas refuser absolument aux juges le pouvoir de reconnaître une ratification tacite dans tout autre fait que la cohabitation continuée. Seulement, je crois qu'il en sera rarement ainsi.

263 *bis*. II. Ce qu'il y a de certain, c'est que le simple silence gardé pendant six mois, sans cohabitation, ne suffit point pour couvrir la nullité. Je n'oserais pas même, malgré la généralité de l'article 1304, reconnaître cet effet au délai de dix ans. Bien plus, j'hésiterais à appliquer la prescription de trente ans; car, selon moi, la nullité de mariage est une question d'état, et l'état est de sa nature imprescriptible (v. art. 328, 2226); d'où je conclus que l'action en nullité de mariage n'admet d'autre prescription que celles que le législateur lui-même a consacrées au siége de la matière. A ces raisons de droit se joignent d'ailleurs ici d'assez graves considérations : car, s'il y a eu cohabitation, la question ne se présente pas, puisqu'il y a fin de non-recevoir au bout de six mois; et, dans le cas contraire, plus est long l'espace de temps écoulé sans cohabitation, moins il serait raisonnable d'en induire l'intention de confirmer le mariage, et plus il serait par conséquent injuste de déclarer l'action éteinte.

264. Le défaut de consentement des parents n'est jamais une cause de nullité que dans le cas où ce consentement était *nécessaire*. Et, dans ce cas même, la nullité ne peut évidemment être que relative aux personnes dont l'autorité a été méconnue et à celles dont la faiblesse n'a pas été protégée.

L'action appartient donc exclusivement aux parents dont le consentement était requis et aux mineurs qui avaient besoin de ce consentement. V. art. 182, et remarquez que la loi qui comprend dans ses termes l'absence de consentement des père et mère, des ascendants et du conseil de famille (v. art. 148-150, 158, 160) ne s'explique point sur l'absence de consentement d'un tuteur *ad hoc* au mariage d'un enfant naturel (v. art. 159).

264 *bis*. I. La loi prévoit seulement le cas où le consentement nécessaire n'a pas été obtenu. Mais, suivant les principes généraux, la même nullité devrait s'appliquer au cas où le consentement obtenu aurait été vicié par erreur ou défaut de liberté. La différence devra consister uniquement en ce que, ici, l'action n'appartiendra qu'à la personne même dont le consentement a été ainsi vicié. Car, à l'égard de tous autres, et tant qu'elle ne se plaint pas, le consentement qu'elle a donné doit être réputé valable.

264 *bis*. II. La nullité n'a lieu qu'autant que le consentement qui a manqué était *nécessaire*. Ainsi, pas de nullité pour défaut de consentement de la mère si le père a consenti, ni pour défaut de consentement de l'aïeule d'une ligne si l'aïeul de la même ligne a consenti; pas de nullité pour défaut de consentement des ascendants d'une ligne si les ascendants de l'autre ligne ont consenti (v. articles 148, 150).

264 *bis*. III. L'action en nullité appartient : 1° à ceux dont le consentement était requis; 2° à l'époux lui-même qui avait besoin de ce consentement. L'action accordée à l'époux est une innovation à l'ancien droit (1); mais cette innovation est conforme aux principes généraux sur la minorité.

264 *bis*. IV. L'action accordée aux personnes dont le consentement était requis me paraît l'être tout à la fois, et dans l'intérêt des mineurs qui, sous l'empire prolongé de la séduction, pourraient ne point agir, et dans un intérêt moral, à titre de réparation pour l'atteinte portée au droit de magistrature domestique dont la famille est investie. Sous l'un comme sous l'autre point de vue, il est clair que cette action ne saurait passer aux héritiers, auxquels je refuserais ici, pour défaut absolu de qualité, le droit même de suivre l'action

(1) Poth., *Contr. de mariage*, n° 444.

commencée par les ascendants avant leur mort. Mais, au contraire, il paraîtrait raisonnable d'accorder toujours l'exercice de cette action à ceux en qui réside actuellement la puissance, sans distinguer si c'est à eux ou à d'autres qu'elle appartenait au moment de l'échec reçu. Toutefois, il me paraît difficile de le décider ainsi en présence des termes de la loi, qui n'accordent l'action qu'à ceux dont le consentement *était* requis. Il en résulte que l'action ne passera pas aux ascendants à défaut des père et mère dont le consentement aurait dû être et n'a pas été obtenu, et qu'elle ne passera pas au conseil de famille *à défaut* des ascendants. Mais j'accorde sans hésiter l'action à la mère lorsque ni elle ni le père n'ont consenti. En effet, le consentement de la mère était *requis;* ce n'est qu'en cas de dissentiment qu'il n'était pas *nécessaire*. Seulement je crois, par argument de l'article 173, que la mère ne pourrait agir sans le concours du père tant que celui-ci est vivant et en état de manifester sa volonté.

Quant aux ascendants, il faut dire aussi qu'à défaut de père et mère le consentement de tous était requis; à moins donc qu'il n'y ait eu *partage* entre les deux lignes, chaque ascendant de l'une ou de l'autre a individuellement le droit d'agir. Seulement il faut appliquer à l'aïeule, par rapport à l'aïeul son mari, ce que nous avons dit de la mère par rapport au père.

264 *bis*. V. Quand c'est le consentement du conseil de famille qui était requis, l'action n'appartient pas individuellement aux membres que la loi appelle à le composer; elle devrait être exercée au nom du conseil par un délégué. Peu importerait, au reste, que la composition légale du conseil eût changé dans l'intervalle de la célébration du mariage à l'attaque dirigée, car c'est toujours le même être collectif.

264 *bis*. VI. La loi a omis le cas où l'enfant naturel mineur n'ayant ni père ni mère se serait marié sans le consentement d'un tuteur *ad hoc* (v. art. 159). Je pense néanmoins que ce cas est compris dans l'intention générale de l'article 182 (v. ci-dessus n° 260 *bis*. III). En supposant donc que le tuteur ait été effectivement nommé, et que son consentement ensuite n'ait pas été obtenu, j'accorderais, sans difficulté, l'action tant au mineur lui-même qu'au tuteur, dont la mission *ad hoc* me paraît comprendre, avec le pouvoir d'accorder ou de refuser le consentement, celui de poursuivre les conséquences légales du défaut de consentement. Mais, dans la supposition plus

probable où aucun tuteur n'avait été nommé, on pourrait penser qu'au mineur seul appartiendrait alors le droit d'agir. Cependant, comme ce serait priver du moyen de protection le plus efficace le mineur demeuré sous l'empire de la séduction, j'aime mieux dire qu'un tuteur *ad hoc* pourrait alors être nommé pour accorder ou refuser l'approbation postérieure qui équivaut au consentement primitif (v. art. 183), et qu'à ce tuteur appartiendrait le droit d'agir en nullité.

264 *bis*. VII. Quant à l'action accordée au mineur lui-même dans son propre intérêt, je la crois régie par les mêmes principes que l'action pour vice de consentement. C'est bien, en effet, la même idée, puisque la restitution qu'il demande a sa base dans la séduction présumée.

M'en référant donc à ce que j'ai dit plus haut, je décide que le droit d'intenter l'action ne passe point aux héritiers et ayant-cause, mais que ceux-ci peuvent suivre l'action commencée (v. ci-dessus nº 262 *bis*. V).

265. Il est clair que, si le consentement *nécessaire* intervient postérieurement, la nullité est entièrement couverte. Ce consentement peut être exprès ou tacite. Bien plus, le silence gardé depuis la connaissance acquise du mariage, pouvant faire supposer le consentement postérieur, couvre également la nullité à l'égard de tous; il suffit pour cela qu'il se soit écoulé une année sans réclamation. Pareillement, le silence gardé par le conjoint pendant le même délai, depuis qu'il a atteint l'âge compétent, doit rendre celui-ci, mais celui-ci seulement, non-recevable dans son action. V. art. 183.

265 *bis*. I. L'approbation postérieure donnée par qui de droit écarte le soupçon de séduction qui viciait le mariage, et supplée, comme de raison, au consentement qui a manqué dans le principe: la nullité alors est donc complétement couverte.

Le droit d'approuver, comme celui d'attaquer, aurait dû, selon moi, appartenir à ceux en qui réside actuellement la puissance, sans examiner si elle a ou non changé de main depuis le mariage. Partant toujours de la même idée, je voudrais que le droit d'attaque s'éteignît avec son principe et ne survécût point dès lors à la majorité ou à la mort de l'époux. Mais, sur tous ces points, les termes

de la loi paraissent contraires. Nous avons déjà vu que le droit d'attaque appartient, non pas à ceux dont le consentement *serait* actuellement requis, mais à ceux dont le consentement *était* requis au jour du mariage. Et, de même, nous voyons ici que l'approbation doit émaner de ceux dont le consentement *était* nécessaire. Si donc ceux-ci sont morts et ne peuvent plus approuver, l'approbation de ceux qui les suivent dans l'ordre hiérarchique n'empêchera pas l'action de l'époux.

265 *bis*. II. Si, au contraire, ils vivent et n'accordent pas leur approbation, ni la majorité de l'époux, ni peut-être même sa mort ne mettront obstacle à l'exercice de leur action. Bien plus, ils la conserveraient nonobstant la ratification donnée par l'époux en état de pleine capacité.

Ces résultats, j'en conviens, ne sont pas satisfaisants; mais, en cette matière, tout me paraît de rigueur, et l'on ne peut, par voie d'interprétation, ni accorder action à ceux que la loi n'en a point investis, ni poser, d'après la simple raison, des limites au droit d'agir que la loi a conféré.

Toutefois, ce droit d'agir ne survit pas à la personne qui en était investie; et, comme l'être de raison appelé conseil de famille ne me paraît avoir d'existence légale que pendant la vie du mineur et jusqu'à sa majorité, je n'appliquerais pas à l'action de ce conseil ce que j'ai dit plus haut du droit d'agir après la mort ou la majorité de l'époux. J'en dirais autant de l'action du tuteur *ad hoc*.

Quant aux ascendants, auxquels je réserve le droit d'agir après la majorité, ce n'est pas indistinctement que je leur réserverais le même droit après la mort de l'époux. Pour agir, il faut un intérêt; et, comme le seul intérêt qui puisse subsister après la mort de l'époux est un intérêt pécuniaire, j'exigerais, pour accorder alors l'action en nullité du mariage aux ascendants, que cet intérêt leur fût personnel.

265 *bis*. III. La nullité est couverte par l'approbation postérieure de *ceux dont le consentement était nécessaire*. J'entends que l'approbation est utilement donnée par les personnes dont le consentement dans le principe aurait suffi. Ainsi je crois que le père peut approuver malgré la mère, l'aïeul malgré l'aïeule de la même ligne, et que l'approbation donnée par les ascendants d'une seule ligne suffit pour couvrir la nullité.

265 *bis*. IV. Bien plus, d'après la doctrine ci-dessus exposée (n° 261 *bis*. II), l'approbation survenue depuis l'action intentée peut suffire pour faire tomber cette action. Ainsi, selon moi, l'action intentée par un ascendant que le silence des autres n'empêchait pas d'agir (v. ci-dessus n° 264 *bis*. IV) tombera par la survenance de l'approbation des ascendants de l'autre ligne.

J'accorderais cet effet à l'approbation des parents quand ce serait par l'époux lui-même que l'action s'était intentée. Vainement dirait-on qu'alors il n'y a jamais eu concours entre le consentement du mineur et celui de sa famille. Peu importe, car il reste toujours vrai que le consentement primitif du mineur n'était pas nul ; il pouvait seulement être considéré comme entaché du vice de séduction, et l'approbation postérieure survenue avant l'annulation du mariage pour cette cause en détruit complétement la supposition.

265 *bis*. V. Indépendamment de toute approbation des parents dont le consentement était nécessaire, l'époux serait encore non-recevable à demander la nullité s'il laissait expirer un an depuis qu'il a atteint l'*âge compétent*. A cet égard, nous remarquons : 1° que l'effet ici est attribué purement et simplement à l'écoulement du délai, indépendamment du fait de cohabitation ; 2° que l'année court seulement du jour où l'époux a atteint l'âge compétent *pour consentir par lui-même au mariage*, c'est-à-dire évidemment l'âge de *majorité*, qui, pour les mâles, varie de vingt-un à vingt-cinq ans, suivant qu'ils ont ou non des ascendants. Sur ce point, la théorie de la loi paraît être de n'accorder force au consentement postérieur, qu'elle induit du silence de l'époux, qu'autant que ce consentement aurait la force de former l'union si elle ne l'était pas ; cela, au surplus, est conforme aux principes de la ratification (v. art. 1304, 1338).

Ainsi, tant que le fils de famille qui s'est marié sans les consentements requis conservera des ascendants, quand même ceux qui existent actuellement ne seraient pas ceux dont le consentement était nécessaire, le délai ne courra pas s'il n'a pas accompli sa vingt-cinquième année. Mais si, dans l'intervalle de vingt-un à vingt-cinq ans, il venait à perdre son dernier ascendant, le délai commencerait immédiatement à courir.

265 *bis*. VI. L'expiration d'un an sans réclamation de l'époux, depuis qu'il a atteint l'âge compétent, indique sa persévérance dans

sa première volonté. Cette persévérance ne pouvant plus raisonnablement s'attribuer à la séduction, il semble qu'elle devrait couvrir entièrement la nullité.

Toutefois, si l'on admet que l'action des ascendants n'est pas éteinte par le seul fait de la majorité qui fait cesser leur puissance, il faut bien reconnaître que ce délai d'un an ne la leur enlève pas, car c'est uniquement à l'action de l'époux que la loi applique ici la fin de non-recevoir.

265 *bis.* VII. L'effet attribué par la loi au simple silence de l'époux pendant un an semblerait, à plus forte raison, devoir se produire par une ratification expresse; car la volonté exprimée paraît plus certaine encore que celle qui s'induit seulement du silence.

Toutefois, je trouve difficile de le décider ainsi en présence de l'article 183, qui, après avoir distinctement énoncé les trois modes d'approbation des parents, énonce uniquement, à l'égard de l'époux, l'expiration du délai. Peut-être a-t-on pensé que l'écoulement d'un certain temps depuis la majorité était nécessaire pour que la nouvelle volonté parût entièrement affranchie de l'empire prolongé de la séduction.

265 *bis.* VIII. Mais, l'époux devenu majeur ou muni du consentement de ceux de ses parents en qui réside actuellement la puissance, et que nous supposons pourtant ne pouvoir donner l'approbation (v. ci-dessus I), n'aurait-il donc, avant l'expiration du délai, aucun moyen de consolider une union qui pourrait être aujourd'hui contractée par lui si elle ne l'était pas déjà? Ce moyen, selon moi, ne pourrait pas être de la célébrer purement et simplement de nouveau; car, tant que le mariage n'est pas annulé, il vaut en vertu de la première célébration, qui, dès lors, ne peut être renouvelée. Le seul moyen, à mon avis, serait donc d'agir en nullité pour parvenir ainsi à une nouvelle célébration régulière.

266. Le mariage des impubères, la bigamie ou l'inceste sont des infractions directes au bon ordre et à la morale publique. L'action appartient donc aux époux eux-mêmes, à tous ceux qui ont intérêt, et au ministère public. V. art. 184.

267. Mais cette action est-elle toujours recevable? A cet égard, il faut distinguer la cause de nullité et la qualité des personnes qui l'invoquent.

Si la cause provient de bigamie ou d'inceste, elle ne peut en général se couvrir (v. pourtant art. 139).

267 *bis*. I. En principe, une nullité ne peut se couvrir qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Cela est vrai surtout des nullités d'ordre public. Ainsi, dans le silence de la loi, il faut admettre comme incontestable que la cessation même de l'empêchement, quoiqu'elle rende le mariage possible pour l'avenir, ne suffit pas pour le réhabiliter sans nouvelle célébration.

Cela posé, la dissolution du premier mariage ne validerait certainement pas le nouveau mariage contracté avant cette dissolution; et, par la même raison, je n'hésite pas à décider que la dispense postérieurement obtenue, dans les cas, bien entendu, où elle pouvait l'être (v. art. 164), ne valide pas le mariage contracté avant son obtention entre parents ou alliés au degré prohibé. Convenons, toutefois, que ce dernier point est plus délicat; car, une prohibition qui n'est établie que sauf dispense pourrait passer pour conditionnelle, et, dans ce système, on comprendrait qu'on eût appliqué l'effet rétroactif de la condition. Mais c'est là une doctrine relâchée, dangereuse pour la morale publique, et qu'on ne peut admettre dans le silence du législateur.

267 *bis*. II. Le principe qui frappe de nullité absolue le mariage contracté avant la dissolution du premier est gravement modifié par l'article 139, pour le cas où le second mariage aurait été contracté pendant l'absence du premier époux. De cet article, en effet, si je l'entends bien, il résulte une fin de non-recevoir contre l'action des parties intéressées, lors même qu'elles offriraient de prouver l'existence de l'absent au temps de la célébration du second mariage (v. ci-dessus n° 177 *bis*. I-IV).

268. Quant à la nullité qui résulte du défaut d'âge, sa cause cesse naturellement après un certain temps. On conçoit aussi que la preuve d'une puberté physique antérieure à la puberté légale puisse, sans égard au temps écoulé, éteindre une action désormais sans motif. Ainsi la nullité se couvre dans deux cas : 1° expiration de six mois depuis l'âge compétent; 2° grossesse de la femme qui n'avait pas l'âge avant l'expiration de ces six mois. V. art. 185.

268 *bis*. I. Puisque la loi considère la nullité pour défaut d'âge comme susceptible de se couvrir par cessation de motif, il eût semblé raisonnable de faire expirer l'action au moment même où l'âge compétent est atteint. Mais, comme en principe les nullités d'ordre public ne se couvrent pas, même par cessation de motif, il n'y a pas lieu de s'étonner que l'on ait fait survivre l'action pendant six mois.

Par la même raison, je crois qu'il faut s'en tenir ici strictement aux termes de la loi; et, quoique l'effet attribué au silence pendant six mois ne puisse guère s'expliquer que par l'idée de ratification ou renonciation à l'action, je ne me croirais pas pour cela autorisé à reconnaître un effet semblable à tout autre mode de ratification. Remarquons d'ailleurs que, pour détruire l'action, qui appartient à tous les intéressés, il eût fallu la confirmation de tous, et que cette condition, difficile à réaliser de toute autre manière, se trouve au contraire pleinement accomplie par le silence de tous.

268 *bis*. II. La mort d'un des époux avant l'expiration des six mois n'aurait certainement pas pour effet de couvrir la nullité, car l'intérêt subsiste, et par conséquent l'action, qui est accordée à toute partie intéressée. Bien plus, cette mort rendant impossible la confirmation que la loi semble attacher à la persévérance prolongée dans le consentement, j'en conclus qu'elle aurait pour effet de perpétuer indéfiniment l'action.

268 *bis*. III. La grossesse de la femme couvre la nullité, indépendamment de toute idée de ratification. A quelque époque qu'elle survienne, elle constitue la preuve de la puberté, et purge *ipso facto* le vice qui produisait cette nullité. Ce fait, au reste, n'a d'importance qu'autant qu'il survient avant que la nullité soit couverte par l'expiration du délai. C'est pour cela que la loi suppose la conception *avant l'échéance de six mois,* c'est-à-dire des six mois dont l'expiration couvrirait la nullité.

268 *bis*. IV. La grossesse de la femme ne couvrirait pas la nullité si c'est le mari qui n'avait pas l'âge compétent; la loi est formelle, et j'en vois d'ailleurs deux raisons : 1° ce fait n'établit pas incontestablement la puissance d'engendrer chez le mari, qui peut n'être pas le père (nonobstant art. 312, qu'on ne pourrait appliquer ici que par une pétition de principe); 2° ce n'est pas seulement en vue de la puissance d'engendrer que la loi a dû exiger, chez l'homme surtout, un certain âge pour le mariage.

Cette doctrine s'applique évidemment toutes les fois que le mari n'avait pas l'âge compétent, quel que soit d'ailleurs l'âge de la femme.

268 *bis*. V. L'expiration de six mois depuis l'âge compétent empêche l'attaque pour l'avenir, mais ne fait certainement pas tomber l'attaque intentée; car ici, comme toujours, la demande a pour effet d'interrompre la prescription. Quant au fait de conception, je le considère comme détruisant le principe de l'action, et j'applique ici la doctrine exposée ci-dessus nº 261 *bis*. I, II et III.

269. Une autre fin de non-recevoir contre la demande en nullité fondée sur cette cause se tire de la complicité constituée par le consentement donné au mariage. Cette fin de non-recevoir est appliquée par la loi aux personnes sous la puissance desquelles les mineurs sont généralement placés, c'est-à-dire au père, à la mère, aux ascendants et à la famille. V. art. 186.

269 *bis*. I. L'ordre même dans lequel sont énumérées les personnes que leur consentement au mariage rend non-recevables à l'attaquer montre assez qu'il s'agit uniquement de celles dont le consentement était *requis*. Celles-là en effet se sont réellement rendues complices de l'infraction commise, et il ne faut pas que leur propre délit puisse être pour elles un principe d'action. Quant aux autres parents qui, d'une manière quelconque, auraient approuvé ou favorisé un mariage qu'ils ne pouvaient empêcher, rien ne s'oppose à ce qu'ils l'attaquent ensuite s'ils ont intérêt; car une fin de non-recevoir, en pareille matière, ne s'étend pas. Mais la fin de non-recevoir me paraîtrait applicable à tous ceux dont le consentement était *requis*; par conséquent à la mère comme au père, et, à leur défaut, à chaque ascendant individuellement, comme aussi à chacun des membres qui, dans le conseil de famille, ont voté pour le mariage. Je ne distingue pas, du reste, entre les parents de l'époux qui n'avait pas l'âge et ceux de l'autre époux placé également en puissance.

269 *bis*. II. Mais le consentement donné au mariage ne constituerait aucune complicité s'il était le résultat d'une erreur sur l'âge véritable ou s'il n'avait pas été librement donné. La fin de non-recevoir alors ne devrait donc pas s'appliquer.

270. La base de toute action est dans l'intérêt de celui qui l'exerce. L'action en nullité, quelle qu'en soit la cause, ne

peut donc être intentée que par ceux qui sont, actuellement et légalement, intéressés à dépouiller le mariage de ses effets. Cet intérêt est immédiat pour les époux eux-mêmes; mais il ne peut naître pour leurs collatéraux qu'après la mort de l'un d'eux. Il en est de même en général pour les enfants issus d'un autre mariage. Les uns et les autres sont donc jusque-là non-recevables. V. art. 187.

270 *bis*. I. La condition d'un intérêt né et actuel, et par suite la nécessité d'attendre pour agir la mort d'un des époux, n'est exprimée qu'à l'égard des collatéraux et des enfants d'un autre lit. Il est clair qu'elle s'applique à tous ceux dont l'intérêt repose sur un droit de succession, soit régulière, soit irrégulière, soit légitime, soit testamentaire. Mais c'est évidemment à dessein que la loi n'a pas compris dans cette catégorie les père et mère et les ascendants, dont l'action a une autre base que le simple intérêt pécuniaire, et me paraît, comme le droit d'opposition établi par l'article 173, avoir son principe dans l'espèce de magistrature domestique dont ils sont investis. Ils peuvent donc agir du vivant des deux époux. Si l'on hésitait à le conclure *à contrario* de notre article 187, on le conclurait certainement *à pari*, ou même *à fortiori* de l'article 191, qui leur accorde nommément l'action pour incompétence ou défaut de publicité. Je crois, au surplus, par analogie, que l'action en nullité n'appartient aux père et mère et aux ascendants que dans l'ordre indiqué par l'article 173 pour le droit d'opposition.

270 *bis*. II. Le refus d'action pendant la vie des deux époux ne me paraît fondé, dans la pensée du législateur, que sur l'absence d'intérêt né et actuel. Si donc, dans un cas particulier, cet intérêt existait avant la mort, qui ordinairement le fait naître, j'accorderais l'action. Ainsi, je crois que des enfants du premier lit pourraient attaquer comme nul le second mariage de leur père ou de leur mère encore vivant, pour écarter, comme illégitimes, de la succession d'un de leurs frères les enfants du second lit. Je ne me dissimule pourtant pas ce que peut avoir d'odieux l'exercice d'une pareille action dirigée par des enfants contre le mariage de leur père ou de leur mère; mais le principe posé par l'article 184, c'est que le mariage frappé d'une nullité radicale peut être attaqué *par tous ceux qui y ont intérêt*. C'est à la conscience des enfants à leur dicter en-

suite les sacrifices d'intérêt commandés par l'honneur et le respect qu'ils doivent à leur père ou mère.

271. Le conjoint au préjudice duquel a été contracté un second mariage est toujours intéressé; il est donc toujours recevable. V. art. 188.

Mais, pour que l'action en pareil cas soit fondée, il faut qu'il y ait *réellement* un premier mariage, par conséquent un mariage valable. Ainsi, la nullité du premier mariage peut être invoquée comme défense à l'action en nullité du second, et si les nouveaux époux soulèvent cette question, elle doit être préalablement jugée. V. art. 189.

271 *bis*. I. C'est à la supposition d'attaque par le premier époux que paraît se référer, dans la pensée du rédacteur de l'article 189, le droit d'élever comme préjudicielle la question de validité du premier mariage; et ce n'est qu'en faveur des nouveaux époux que ce droit est ici proclamé. Mais, en se pénétrant bien du principe qui refuse tout effet légal à ce qui est nul devant la loi, on est amené à conclure : 1° que la question préjudicielle de validité du premier mariage s'applique à l'attaque du second pour bigamie, par quelque personne que soit dirigée cette attaque; 2° que ce moyen de défense, attribué ici aux seuls époux, parce qu'on suppose l'attaque dirigée de leur vivant, et par conséquent contre eux, appartiendrait également à tous ceux qui, ayant intérêt à soutenir l'existence légale du second mariage, auraient qualité pour attaquer le premier.

271 *bis*. II. J'appliquerais ma double proposition au cas même où le premier mariage ne serait affecté que d'une nullité relative; car, bien que le mariage alors existe légalement jusqu'à l'annulation prononcée, bien qu'il doive continuer à subsister ainsi dès le principe s'il n'est pas attaqué par qui de droit en temps utile, il n'en est pas moins vrai que l'action en *nullité* à laquelle il est soumis doit, si elle est intentée, le réduire au néant et le priver ainsi rétroactivement de tout effet: pourquoi donc la personne à laquelle appartient cette action ne pourrait-elle pas l'intenter pour faire appliquer au maintien de la nouvelle union le bénéfice de cette rétroactivité?

271 *bis*. III. Par suite des mêmes principes, je décide que la question préjudicielle de validité du premier mariage serait admise contre une accusation de bigamie, à l'effet, si le premier mariage est dé-

claré nul, de soustraire l'accusé à la peine portée par l'article 340 du Code pénal. La doctrine contraire paraît, il est vrai, avoir été adoptée par la cour de cassation dans un arrêt du 1er mars 1811; ajoutons qu'on n'en peut voir l'abandon dans l'arrêt du 25 juillet suivant (1), qui considère bien comme préjudicielle la question d'*existence* du premier mariage, mais non celle de validité. Quoi qu'il en soit, cette doctrine, en opposition avec l'ancienne jurisprudence (2), ne me paraît point fondée sur des raisons solides. Pour être *bigame*, il faut, aux termes précis du Code pénal, être *engagé dans les liens* du mariage quand on en contracte un autre (v. C. pén., art. 340), et je ne puis considérer comme vraiment engagé celui qui ne l'est pas valablement. C'est, au surplus, ce que la cour de cassation elle-même semble avoir reconnu dans une affaire postérieure. Là elle décide, il est vrai, que l'existence de fait du premier mariage suffit pour justifier la mise en accusation lorsque la question préjudicielle n'a pas été élevée devant la chambre d'accusation. Mais elle réserve expressément le droit d'exciper de la nullité du premier mariage devant la cour d'assises (C. c., rej. 16 janvier 1826 (3).

271 *bis*. IV. Mais, lorsqu'il existait un premier mariage valable, le fait qui constitue le crime est d'en *contracter* un autre avant la dissolution du premier, et la loi évidemment n'exige pas pour cela que ce second mariage soit *valablement* contracté, condition que l'existence même du premier mariage rend impossible. Je crois, d'après cela, qu'un autre empêchement ajouté à celui-là, et qui ne ferait qu'augmenter l'immoralité du fait, ne saurait préserver de l'application de la peine. Toutefois, si la célébration du second mariage n'était pas régulière en la forme, en d'autres termes, si la nullité invoquée portait sur l'*acte* de célébration, on pourrait alors, sauf la fin de non-recevoir qui se pourrait tirer de l'article 196, soutenir que le mariage n'a pas été vraiment contracté, et de cette manière échapper à l'application de l'article 340 du Code pénal. Quant à l'allégation d'un vice de consentement, elle pourrait, suivant les cas, rentrer, comme celle de la bonne foi, dans l'examen de la question de *culpabilité*.

272. Quant au ministère public, dans les divers cas où son

(1) J. du Palais, tom. 39, pag. 171.
(2) V. Réquisitoire de Merlin, affaire *Billecart*, répert. vº *Bigamie*, II.
(3) J. P., tom. 75, pag. 457.

action est admise, il agit dans l'intérêt de la société, pour faire cesser le scandale; non-seulement donc il *doit* agir du vivant des époux, mais nous pensons qu'il ne le pourrait après la mort de l'un d'eux. V. art. 190; et remarquez que le jugement qui déclare la nullité, sur la demande du ministère public, doit contenir condamnation des époux à se séparer.

272 *bis*. I. L'obligation immédiate de se séparer existe après la nullité prononcée du vivant des deux époux, quelle qu'en soit la cause; mais, lorsque la nullité n'est pas d'ordre public, rien n'empêche de réhabiliter l'union en contractant de nouveau le mariage dans la forme et avec les conditions légales; disons même que cette réhabilitation doit être dans le vœu du législateur. C'est pour cela sans doute qu'il n'est fait mention de la condamnation à se séparer que pour les nullités d'ordre public. Du reste, quoique la loi qui prescrit cette condamnation se réfère uniquement à l'action du procureur de la République, je crois qu'il y a lieu de l'appliquer toutes les fois que la nullité d'ordre public est invoquée, du vivant des deux époux, par quelque personne que ce soit. La condamnation, selon moi, devra être prononcée soit sur la demande de la partie, si son action n'est pas fondée sur un pur intérêt pécuniaire, *puta* si c'est un ascendant, soit sur les conclusions du ministère public, soit même d'office.

Quoi qu'il en soit, cette condamnation, évidemment, ne se prononce que pour l'honneur des principes : elle n'est pas susceptible d'être mise à exécution par voie de contrainte; car la continuation du commerce illicite, après le jugement qui déclare la nullité, est simplement un désordre du même genre que l'établissement de ce commerce sans mariage. Or ce désordre, toujours sans doute réprouvé, et quelquefois même puni par la loi (v. C. pén., art. 336-339), échappe d'ailleurs, sous tous autres rapports, à l'action de la force publique.

272 *bis*. II. Le but de l'action du ministère public est de faire condamner les époux à se séparer; or ce but est atteint par la mort de l'un d'eux. Dès lors la déclaration de nullité ne tend plus qu'à protéger des intérêts privés; et le même principe qui, en matière criminelle, fait éteindre l'action publique par la mort du prévenu

(v. C. instr. crim., art. 2) doit faire ici refuser l'action au procureur de la République.

Par analogie, je suis porté à en dire autant pour l'action que je reconnais aux ascendants à titre de *magistrats domestiques* (v. ci-dessus n° 270 *bis*. I), sauf le droit qu'ils auraient toujours d'agir comme particuliers, mais alors sous la condition d'un intérêt pécuniaire né et actuel.

272 *bis*. III. Les mêmes motifs qui font un devoir au ministère public d'attaquer un mariage contraire aux lois semblent également lui donner qualité pour défendre contre d'injustes attaques un mariage légitime. Autrement le concert frauduleux des parties pourrait facilement déguiser, sous l'apparence d'une nullité, un véritable divorce. J'en conclus que le ministère public pourrait, directement et comme partie principale, attaquer par appel ou pourvoi en cassation tout jugement ou arrêt prononçant une nullité de mariage. Son action, il est vrai, n'est ici autorisée par aucun texte spécial, mais elle me paraît rentrer dans sa mission générale de *poursuivre d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public* (L. 20 avril 1810 (1), art. 46; v. *contr.*, C. c., cass. 1er août 1820 (2); C. c., cass. 5 mars 1821 (3); v. aussi C. c., cass. 5 juillet 1824 (4).

273. La publicité du contrat et la célébration devant l'officier public compétent sont des conditions d'ordre public, essentielles à la validité du mariage. L'absence d'une de ces conditions constitue donc une nullité absolue. L'action conséquemment est accordée aux mêmes personnes que dans les cas prévus par l'article 184. Remarquons seulement que parmi ces personnes la loi fait ici mention spéciale des ascendants, sans exiger pour eux la condition d'un intérêt (c'est-à-dire d'un intérêt pécuniaire) né et actuel. V. art. 191.

273 *bis*. I. L'honneur même de l'union conjugale en réclame impérieusement la publicité. La nécessité de cette publicité apparait mieux encore dans un intérêt social, si l'on considère les effets du mariage : soit par rapport aux enfants, qu'il va rattacher à la famille; soit par rapport aux deux époux, devenus ainsi incapables

(1) IV, B. 282, n° 5351.
(2) J. P., tom. 59, pag. 138.
(3) J. P., tom. 60, pag. 252.
(4) J. P., tom. 71, pag. 55.

de contracter une autre union; soit par rapport à la femme en particulier, en vue des prérogatives que le mariage lui confère et de l'incapacité dont il la frappe, au grave préjudice des tiers qui pourraient ignorer son état.

La publicité de la célébration, outre qu'elle est une garantie contre la formation de mariages contraires aux lois, tend aussi efficacement à rendre public le mariage contracté. A ce double point de vue, on ne doit donc point s'étonner de voir la célébration publique prescrite à peine de nullité. Les mêmes considérations justifient également la nullité pour incompétence de l'officier public; car la présence de l'officier public compétent, sans parler des garanties qu'elle offre en elle-même pour la parfaite observation des conditions du mariage, est aussi un des principaux éléments de publicité.

273 *bis*. II. Au reste, quelque importante que soit la publicité du mariage pendant toute sa durée, et quoique, sous ce rapport, elle ne soit peut-être pas pleinement assurée par le seul fait de la célébration dans les formes légales, il est bien à remarquer que la loi, différente en ce point de l'ancien droit (1), se contente de la publicité de la célébration, et qu'un mariage régulièrement contracté n'est pas aujourd'hui privé d'effets civils pour avoir été ensuite tenu secret pendant la vie des époux.

Il en faut dire autant des mariages contractés *in extremis* (2), auxquels, en conséquence, on ne devrait pas refuser aujourd'hui l'effet de légitimer les enfants nés du concubinage antérieur.

Le silence de la loi suffit pour justifier cette double proposition. La deuxième devient particulièrement évidente par le rejet d'un article proposé par la section de législation pour refuser la légitimation (3). Toutes deux sont au surplus établies avec développement par l'orateur du gouvernement dans le discours de présentation de notre titre au corps législatif (4).

273 *bis*. III. Des développements qui précèdent il résulte clairement que la nullité pour défaut de publicité ou incompétence est d'ordre public, et susceptible conséquemment d'être invoquée par tous ceux qui peuvent attaquer le mariage en cas semblable. L'énumération contenue à cet égard dans l'article 191 doit donc se con-

(1) V. Déclar. de 1639, art. 5; Poth., *Contr. de mar.*, nº 426-428.
(2) V. sur ce point d. Déclar., art. 6; Poth., nº 429-432.
(3) V. Cons. d'État, proc.-verb. du 24 brum. an x (Fenet, tom. 10, pag. 55-71).
(4) V. Portalis, *Exp. des mot.* (Fenet, tom. 9, pag. 161-165).

fondre absolument avec celle de l'article 184. Elle est seulement plus explicite en ce qui concerne les ascendants, compris purement et simplement par l'article 184 dans l'expression générale, *ceux qui y ont intérêt*. Notre article indique nettement la différence qui existe entre cette classe d'intéressés et les autres, qui ont besoin d'un intérêt pécuniaire né et actuel. Cette différence, au reste, pour les cas compris dans l'article 184, ressortait déjà des termes de l'article 187 (v. ci-dessus n° 270 *bis*. I). N'omettons pas non plus de rappeler qu'ici, comme dans tous les cas, l'action ne paraît devoir appartenir aux ascendants, à ce titre spécial, que dans l'ordre dans lequel leur compète le droit d'opposition (*ibid.*).

273 *bis*. IV. Mais une différence notable existe et devait exister entre la nullité réglée par notre article 191 et les cas de nullité bien autrement graves auxquels s'applique l'article 184, c'est quant à l'action du ministère public, qui n'est ici que facultative.

Ce point est incontestable, puisque l'article 190, qui impose le devoir d'agir, ne se réfère qu'à l'article 184. La latitude laissée ici au ministère public s'explique d'ailleurs par des considérations puisées, soit dans la nature de la contravention commise, soit dans les circonstances qui ont accompagné ou suivi. En effet, l'ordre public n'est vraiment intéressé à la déclaration de nullité qu'autant que le but de certitude et de publicité du mariage n'est pas atteint; or, il est possible que la contravention soit assez légère pour n'avoir pas fait défaillir ce but; et, quelque grave qu'elle ait été dans le principe, il est possible que les circonstances postérieures aient purgé le vice d'incertitude ou de clandestinité; il est possible que ces circonstances soient venues entourer d'une grande faveur l'union irrégulièrement contractée. L'attaque de cette union serait alors une rigueur excessive que la loi n'a pas dû imposer au magistrat.

Ces motifs, combinés avec la disposition de l'article 193, nous amèneront également à penser que la nullité en cette matière, lors même qu'elle est invoquée, est abandonnée à la prudence des juges (v. ci-dessous n° 275 *bis*. II).

274. L'omission des publications requises ou l'inobservation des règles et délais qui y sont relatifs sont des contraventions au principe de publicité de mariage. Toutefois, ces contraventions n'entraînant pas nécessairement absence en-

tière de publicité, elles ne constituent pas en elles-mêmes une cause de nullité. Mais la sanction dans tous les cas consiste dans l'amende encourue tant par l'officier public que par les parties, amende que le procureur de la République doit faire prononcer. L'amende contre l'officier public est déterminée au *maximum* de 300 fr.; le *minimum* n'en est pas fixé. Quant aux parties, la loi ne pouvait tendre efficacement à son but par une amende déterminée à une somme fixe; elle l'atteint, au contraire, en proportionnant cette amende à la fortune. Du reste, les personnes soumises à cette amende, que nous comprenons sous le nom de *parties*, sont ou les contractants eux-mêmes, ou, en cas de minorité de ceux-ci, les personnes sous la puissance desquelles ils ont agi. V. art. 192.

274 *bis*. Nous disons que le simple défaut de publication ne constitue pas en lui-même une cause de nullité. Cela est incontestable pour le mariage célébré en France, mais cela est vrai même pour le mariage célébré en pays étranger. Tout ce qu'il faut conclure de l'article 170, et tout ce qu'il dit en effet, c'est qu'on ne peut attaquer pour incompétence ou défaut de publicité un mariage célébré en pays étranger, dans les formes usitées dans le pays, si les publications ont été dûment faites en France et si le Français n'a contrevenu à aucune des règles prescrites par le chapitre premier. Dans le cas contraire, la question de clandestinité, dans laquelle rentre, à certains égards, celle d'incompétence, peut être soulevée et diversement résolue suivant les circonstances. Seulement, les publications régulières étant alors un élément de publicité plus important que dans les cas ordinaires, on pourra être facilement amené à déclarer clandestin et nul comme tel, aux termes de l'article 191, le mariage qui n'aura pas été dûment précédé de publications, surtout si à cette circonstance se joint quelque contravention aux règles du chapitre Ier; et cela quand même ces contraventions ne seraient pas de nature à constituer de droit commun une cause de nullité, *puta* si l'on a omis les actes respectueux (v. ci-dessus n° 242 *bis*. I).

275. Le même principe s'applique à toute contravention aux règles de publicité et de compétence comprises dans les termes généraux de l'article 165. Ces contraventions peuvent

n'être pas assez graves pour faire prononcer la nullité; mais quand elles ne seraient pas jugées telles, elles donneraient toujours lieu aux peines ci-dessus. V. art. 193.

275 *bis*. I. Je considère comme contravention à l'article 165, à laquelle s'applique l'article 193, l'inobservation des règles contenues en d'autres articles, par cela seul qu'elles ont trait à la publicité de la célébration. Je déclarerais en conséquence l'amende encourue si, sans motif légitime (1), le mariage avait été célébré hors la maison commune ou s'il l'avait été sans la présence du nombre de témoins requis.

Du reste, chacune de ces contraventions faisant défaillir un élément légal de publicité, leur combinaison entre elles ou avec quelque autre circonstance, comme la clôture des portes, l'heure de la nuit plus ou moins avancée, l'absence des proches parents, pourrait constituer un défaut absolu de publicité qui donnerait lieu à la nullité par application de l'article 191. Cela deviendrait plus évident encore si à quelqu'une de ces contraventions se joignait l'absence ou l'irrégularité des publications.

275 *bis*. II. Il résulte bien de ces explications qu'une contravention à l'article 165 peut, comme le suppose l'article 193, avoir été commise, sans entraîner indistinctement et nécessairement la nullité prononcée par l'article 191. Donc il y a sur ce point pouvoir d'appréciation laissé aux juges. Il reste à savoir jusqu'où va ce pouvoir discrétionnaire. A cet égard, tous, je crois, s'accordent à reconnaître qu'il est illimité en ce qui concerne la question de publicité de la célébration. Mais le même accord n'existe point en ce qui concerne la question de compétence; car, dit-on, la compétence n'est pas, comme la publicité, un fait complexe qui admette l'idée de plus ou de moins et la mesure d'un terme moyen : la compétence est une, elle se constitue de plusieurs conditions, et l'absence d'une seule la fait défaillir. Quoi qu'il en soit, je ne pense pas qu'on doive s'attacher à ce point de vue. Selon moi, le ministère de l'officier public compétent n'est lui-même qu'un élément de certitude et de publicité,

(1) Je dois dire que, dans ma pensée, il n'y aurait pas motif légitime dans une foule de considérations personnelles qui déterminent quelquefois les officiers de l'état civil à se transporter au domicile des parties. Je ne reconnaîtrais comme tel que l'impossibilité où serait l'un des futurs de se rendre à la maison commune, principalement en cas de mariage *in extremis*.

et il n'y a nullité d'ordre public qu'autant que la célébration n'a pas donné au mariage un caractère *suffisant* de certitude et de publicité. Or, une question de *suffisance* est toujours et nécessairement une question d'appréciation. J'applique donc purement et simplement au pouvoir de statuer sur l'action la même latitude qu'au pouvoir d'attaque conféré au ministère public par l'article 191 ; et ici, pas plus que là, je n'excepte de ma proposition le cas d'incompétence. Cela d'ailleurs est parfaitement raisonnable ; car, si le ministère public n'est pas obligé d'attaquer, on ne comprendrait pas que les juges fussent obligés d'annuler sur une attaque par lui imprudemment et mal à propos dirigée. Ma doctrine, au reste, est conforme à la jurisprudence (1).

275 *bis*. III. Puisque c'est en général dans le fait d'une célébration publique et régulière que la loi fait consister aujourd'hui la publicité du mariage, condition essentielle de sa validité; puisque, d'autre part, on admet que l'omission de quelques formes légales dans la célébration ne fait pas nécessairement défaillir cette condition, et que les circonstances du fait peuvent suppléer plus ou moins complétement à la forme omise, il est clair que les circonstances auxquelles on doit surtout s'attacher sont celles qui précèdent ou accompagnent la célébration. Et, toutefois, comme les circonstances, même postérieures, servent à révéler si c'est effectivement dans un but de clandestinité que l'omission a eu lieu, nul doute que celles-ci ne doivent aussi être prises en grande considération, soit par le ministère public pour s'abstenir ou non d'attaquer, soit par les tribunaux pour déclarer ou non la nullité. Au nombre de ces circonstances postérieures il faut évidemment mettre en première ligne la possession d'état, fait incompatible avec l'idée de clandestinité (2). A un autre point de vue, la longue durée de l'union, la bonne foi des époux, la naissance d'enfants sont encore des faits postérieurs nécessairement de nature à entourer la position d'une grande faveur, et cette faveur ne saurait non plus être mise de côté dans l'appréciation à faire *ex æquo et bono* de la gravité de l'omission pour en faire ou non résulter la nullité du mariage.

(1) V. notamment C. c. rej. 31 août 1824 (J. P., tom. 71, pag. 202).

(2) Cette proposition paraît incontestable, quelque parti qu'on prenne d'ailleurs sur la possibilité d'appliquer au cas qui nous occupe la fin de non-recevoir, que l'article 196 attache à la possession d'état. V. ci-dessous n° 278 *bis*. I.

276. Le mariage déclaré nul, pour quelque cause que ce soit, ne peut en général produire d'effets (v. pourtant art. 201, 202). Mais, lors même qu'il aurait été valablement contracté, on conçoit bien que ses effets civils soient subordonnés à la preuve que doit en produire celui qui les réclame.

276 *bis*. L'absence d'effets légaux est l'idée commune qui, embrassant à la fois le mariage nul et le mariage non prouvé, les a fait mal à propos confondre ; et c'est ainsi qu'on a classé, sous la rubrique inexacte *des demandes en nullité,* les règles sur la preuve du mariage. Quoi qu'il en soit, les principes des deux matières sont fort différents.

Ainsi, 1° le mariage dont la célébration est constante est toujours réputé valable jusqu'à la preuve contraire, et c'est à celui qui allègue la nullité à prouver la cause qui la produit. A cet égard il n'y a aucune distinction à faire entre la nullité relative et la nullité absolue, qui diffèrent seulement en ce que la cause de l'une peut être alléguée et prouvée en tout temps et par toute partie intéressée, tandis que l'autre ne peut être alléguée que pendant un certain temps, et en général par certaines personnes seulement.

Au contraire, toute partie intéressée peut, en tout temps, nier l'existence du mariage dont la célébration n'apparaît pas, et rejeter sur son adversaire, qui veut s'en attribuer les effets, la preuve de cette existence.

2° Une autre différence, qui n'est que la conséquence de celle-là, consiste dans l'obligation où serait l'officier de l'état civil de s'arrêter devant la preuve de la célébration antérieure d'un mariage, et de s'abstenir d'en célébrer un autre tant que la nullité absolue ou relative du premier n'a pas été dûment prononcée ou déclarée (v. ci-dessus n° 256 *bis*. I). Il en serait tout autrement si l'existence d'un précédent mariage était seulement alléguée. Cette allégation ne suffirait pas, en principe, pour mettre obstacle à une nouvelle célébration.

3° Enfin la bonne foi des époux ou de l'un d'eux attribuerait des effets civils à un mariage nul (art. 201, 202). Mais, la bonne foi ne pouvant avoir de base légale que dans le fait de la célébration, cette faveur ne pourra jamais s'appliquer à un mariage non prouvé.

277. C'est en général dans l'acte de mariage que doit s'en trouver la preuve, et l'acte lui-même ne fait foi qu'autant qu'il est inscrit sur les registres. Si pourtant il n'a pas été tenu

de registres, ou s'ils sont perdus, les parties n'ont rien à s'imputer, et l'on applique alors l'article 46 (1). V. art. 194.

277 *bis*. I. L'acte inscrit sur les registres est la seule preuve légale du mariage. Ainsi, sauf les cas exceptés par l'article 194 lui-même ou par les articles suivants, tout autre document serait, sinon sans valeur aucune, au moins insuffisant pour faire obtenir aux époux ou à tous autres intéressés les effets civils du mariage.

Ce n'est pas que la rédaction d'un acte et son inscription sur les registres soient nécessaires pour la perfection de l'union conjugale (v. ci-dessus n° 240 *bis*. II), mais c'est que les effets civils ne s'accordent jamais qu'à un droit prouvé; c'est, d'autre part, que les époux ont pu et dû, en général, se procurer l'élément légal de preuve; ce qui, de droit commun, exclut la faculté de prouver par témoins ou par présomptions (v. art. 1341, 1348 et 1353), exclusion qui embrasse l'emploi de tout moyen de preuve abandonné à la prudence des juges.

Toutefois, dans les cas ordinaires, cette exclusion n'est pas absolue, et la preuve par témoins ou par présomptions est toujours admissible comme complément lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (v. art. 1347, 1353).

Cette théorie, appliquée par la loi en matière de filiation (v. art. 323, 341), ne peut, je crois, sans une rigueur inexplicable, être rejetée en matière de mariage.

Cela posé, j'entends l'article 194 en ce sens que l'acte inscrit sur les registres fait preuve complète, et qu'à lui seul est réservé cet effet, mais sans préjudice du pouvoir qu'auraient les juges d'admettre d'autres documents en présence d'un commencement de preuve par écrit. Or, on ne pourrait évidemment refuser ce caractère à un acte inscrit sur feuille volante s'il est d'ailleurs dûment rédigé et signé (v. au surplus art. 1347, 324).

J'ajoute que la même force pourrait également être attribuée soit au contrat de mariage, soit aux actes de publication, soit aux actes constatant la célébration religieuse du mariage; car on ne peut nier que tous ces actes, plus ou moins directement émanés des parties, ne rendent vraisemblable leur allégation.

(1) Sans aucun doute, au reste, au cas de l'article 46, le mariage peut être prouvé par témoins, sans commencement de preuve.

277 *bis*. II. La loi dispense de représenter l'acte de mariage aux cas prévus par l'article 46; cette exception s'applique, comme la règle elle-même, soit aux époux eux-mêmes, soit aux enfants réclamant leur légitimité, soit à tous autres intéressés.

Les cas prévus par l'article 46 sont la non-existence et la perte des registres. A cet égard, nous devons rappeler que le cas de perte comprend nécessairement la perte totale et la perte partielle; or, la suppression de quelques feuillets du registre pourrait avec raison être considérée comme une perte partielle. Il faudra aussi assimiler au cas de non-existence celui où la tenue des registres aurait, pendant un temps plus ou moins long, éprouvé des interruptions (v. ci-dessus n° 91 *bis*. I et II). Mais on ne pourrait, sans forcer le sens des mots et sans s'éloigner de l'esprit du législateur, voir un cas d'interruption dans la simple omission d'inscription d'un acte sur des registres d'ailleurs régulièrement tenus. Si telle est donc seulement l'allégation présentée, il n'y a pas lieu d'admettre la preuve autorisée par l'article 46, et l'on reste alors purement et simplement dans l'application de la règle générale, sauf, selon moi, la faculté d'admettre la preuve par tous les moyens possibles, s'il existe un commencement de preuve par écrit (v. C. c., rej. 22 décembre 1819) (1).

278. La possession d'état n'a pas ici, comme en matière de filiation, l'effet de suppléer au titre. Le défaut de représentation de l'acte par les conjoints, qui ne peuvent ignorer où il a été passé, doit en général faire supposer qu'il n'en existe pas; cette induction ne saurait être détruite par la possession d'état, qui est l'œuvre des prétendus époux, et qui trop souvent couvre une union illégitime. V. art. 195.

Toutefois cette possession a un effet important, c'est de corroborer un acte informe, dont l'un des époux voudrait demander contre l'autre la nullité. En présence d'un acte quelconque de célébration devant l'officier de l'état civil, la possession d'état élèverait une fin de non-recevoir. V. art. 196.

278 *bis*. I. La loi ne dit pas d'une manière générale que la possession d'état, appuyée sur un acte informe, constitue entre les in-

(1) J. P., t. 57, p. 461.

téressés quelconques la preuve du mariage; elle fait seulement résulter de la possession d'état une fin de non-recevoir contre la demande en nullité dirigée par l'un des époux contre l'autre. Selon moi, l'article ne serait pas applicable si la demande en nullité était formée par tout autre intéressé, fût-ce même l'héritier de l'époux; car le principe de la fin de non-recevoir est tout personnel et me semble reposer sur l'espèce d'aveu du mariage fait par l'époux qui a coopéré à l'établissement de la possession d'état. Or, ce motif n'a aucune valeur contre les tiers; il ne vaut même pas contre les héritiers; car, en cette matière, on ne peut confondre avec la personne elle-même les héritiers au préjudice desquels cette personne aurait, au moyen de la possession d'état, tenté d'usurper pour son compte et de faire usurper par son prétendu conjoint le titre d'époux légitime.

Mais je crois au contraire que la fin de non-recevoir contre la demande en nullité formée par l'époux serait aussi bien applicable en faveur des héritiers et ayant-cause de l'autre époux qu'en faveur de celui-ci même; car je vois tout à fait même raison.

278 *bis*. II. En réduisant, comme on vient de le faire, dans ses véritables limites la disposition de l'article 196, qui établit seulement une fin de non-recevoir, je n'entends pourtant pas concentrer dans cette fin de non-recevoir tout l'effet que pourrait produire la possession d'état en matière de preuve du mariage. Si l'on admet avec moi qu'un commencement de preuve par écrit suffit pour rendre admissible tout autre document (v. ci-dessus nº 277 *bis*. I), on ne peut certainement contester l'importance de la possession d'état jointe au titre informe; car ce titre pourra toujours, pourvu qu'il soit signé, servir de commencement de preuve par écrit; et rien, dès lors, n'empêchera les juges, quelle que soit la qualité des contendants, de voir dans la possession d'état le complément nécessaire de preuve. Mais tout ici sera laissé à leur arbitrage, tandis qu'ils sont liés par la fin de non-recevoir quand elle est invoquée dans son cas.

278 *bis*. III. La fin de non-recevoir s'applique à la demande en nullité non pas du mariage, mais de l'*acte* de mariage. Ainsi, de l'aveu de tous, la possession d'état accompagnée d'un acte de célébration, même parfaitement régulier, ne mettrait point obstacle à l'action accordée aux époux par l'article 184, ni davantage à celle qui résulterait pour tous deux ou pour l'un d'eux seulement des ar-

ticles 180 et 182. Mais plusieurs soutiennent que sous le nom d'*acte*, dont notre article 196 ne permet pas de demander la nullité, on doit comprendre l'ensemble des formes extérieures qui constituent la célébration du mariage, et que la fin de non-recevoir s'applique en conséquence à l'action accordée aux époux par l'article 191. Je conviens que le mot *acte* se prend souvent en sens divers, et que celui qu'on veut lui attribuer n'aurait rien en soi de déraisonnable. Mais telle n'est pas, évidemment, la pensée du rédacteur de l'article 196, qui, supposant d'abord un *acte représenté*, n'applique sa disposition qu'à la demande en nullité de cet *acte*. Il faut vraiment fermer les yeux à la lumière pour ne pas voir qu'il s'agit là uniquement de l'acte écrit.

278 *bis*. IV. Le cas de nullité prévu par la loi sera celui d'irrégularité assez grave pour ôter à l'acte sa force probante; c'est là, selon moi, une question d'appréciation laissée à la prudence des juges (v. ci-dessus n° 90 *bis*. VI). Du reste l'application, à mon avis, la plus évidente serait au cas d'un acte inscrit sur une feuille volante. Cet acte, en effet, est nul, en ce sens qu'il ne constitue pas en lui-même la preuve légale du mariage (v. art. 194); mais ce n'est pas une raison pour ne lui reconnaître absolument aucune force et pour n'y pas voir au moins un élément de preuve qui, combiné avec la possession d'état, suffise pour fonder la fin de non-recevoir. C'est bien d'ailleurs ce que semble supposer notre article 196, quand il exige seulement la représentation de l'acte de célébration, sans ajouter, comme l'article 194, la condition d'inscription sur les registres. De même l'article 195 dit bien que la possession d'état ne dispense pas de représenter l'acte de célébration; mais, en vue sans doute de la disposition contenue en l'article 196, il omet la circonstance d'inscription sur le registre.

278 *bis*. V. Observons, du reste, que l'irrégularité de l'écrit, porté ou non sur les registres, pourrait être telle qu'elle lui enlevât complétement le caractère d'acte. Alors, évidemment, l'article 196 ne devrait pas être appliqué; car la loi exige la représentation d'un *acte*, et ce n'est qu'à cette condition qu'elle accorde effet à la possession d'état. Je crois, par exemple, qu'on ne devrait avoir aucun égard à un écrit non signé ou à un écrit émanant d'un simple particulier. Il faudrait, en général, que l'acte informe eût au moins le caractère d'un commencement de preuve par écrit.

279. La faveur de la légitimité et l'impossibilité dans laquelle seraient souvent les enfants issus du mariage d'en rapporter l'acte, faute de connaître le temps et le lieu de la célébration, les ont fait excepter de la règle générale. Mais pour qu'on ne puisse, à défaut de cet acte, contester leur légitimité, il faut :

1° Que leurs père et mère soient tous deux décédés;

2° Qu'ils aient vécu publiquement comme mari et femme;

3° Que les enfants aient la possession d'état d'enfants légitimes;

4° Que cette possession ne soit pas contredite par l'acte de naissance. V. art. 197.

279 *bis*. I. La disposition de l'article 197 est spéciale pour les enfants dont il s'agit de protéger la légitimité. Ainsi, pas plus après qu'avant la mort des deux époux, les autres intéressés ne sont dispensés de produire l'acte de célébration de mariage s'ils ne sont dans le cas des articles 46 et 199. En effet, la facilité accordée aux enfants par l'article 197 ne repose pas seulement sur l'ignorance possible du temps et du lieu de la célébration, considération qui, après la mort des deux époux, s'appliquerait aussi bien aux autres intéressés qu'aux enfants; elle repose encore sur la faveur de la légitimité, qui d'ailleurs se trouve présumée dans la personne des enfants par l'effet de leur possession d'état non contredite par leur acte de naissance. Au surplus, cette possession d'état, condition essentielle pour jouir du bénéfice de l'article 197, n'a, comme on le voit, aucune application possible à des parents ascendants ou collatéraux (v. arr. C. r. Paris, 6 février 1819) (1).

Mais, au contraire, la disposition de l'article s'appliquerait sans difficulté à tous ceux qui du chef des enfants auraient intérêt à réclamer la légitimité de ceux-ci, par conséquent, à leurs enfants ou descendants, abstraction faite du titre d'héritier, et généralement à leurs héritiers ou ayant-cause.

279 *bis*. II. La faveur accordée aux enfants consiste uniquement à les dispenser, dans le concours de circonstances supposé, de produire, à l'appui de leur prétention à la légitimité, l'acte de célébra-

(1) J. P., tom. 53, pag. 525.

tion du mariage : c'est-à-dire qu'on ne conclura pas ici de ce que l'acte n'est pas représenté que le mariage de leur père et mère n'a pas été effectivement célébré. On ne contestera donc pas leur légitimité *sous ce seul prétexte*. Mais rien d'ailleurs n'empêcherait de la contester à un autre titre, soit en soutenant le mariage nul par suite de quelque empêchement dirimant, soit en se faisant fort de prouver que la célébration n'a pas eu lieu. Cette dernière preuve, sans doute, serait difficile, puisqu'il s'agirait d'un fait négatif. Mais elle pourrait résulter de faits positifs bien établis : *puta*, si l'on prouvait, par les publications ou par la remise de pièces à l'officier de l'état civil, que le mariage avait dû se célébrer tel jour, avant lequel l'un des futurs serait décédé.

279 *bis*. III. La présomption résultant, pour les enfants, de la vie publique de leur père et mère comme époux, et de leur propre possession d'état non contredite par leur acte de naissance, est sans valeur si les père et mère ne sont décédés tous deux ; car, s'il en survit un, celui-ci ne peut ignorer le temps et le lieu de son mariage, et il est facile sur son indication de se procurer l'acte de mariage. Ainsi, le droit commun qui exige la représentation de cet acte reste et doit rester applicable. Toutefois, le motif indiqué cesserait si les parents ou le survivant d'eux étaient absents ou aliénés. Je crois, en conséquence, que dans le concours des autres circonstances les enfants pourraient, en remplaçant la preuve du décès par celle de l'absence ou de l'aliénation, se placer provisoirement sous la protection de l'article 197 pour repousser la contestation dirigée contre leur légitimité (1); sauf aux adversaires à renouveler la contestation si l'absent revenait ou si l'aliéné recouvrait la raison.

Par absence, au reste, j'entends l'absence déclarée, la seule qui produise une sorte de présomption de décès. Or, cette présomption me paraît nécessaire pour dispenser les enfants d'en fournir la preuve positive, preuve qui doit être, en général, à leur charge, puisque le décès est une condition du droit exceptionnel qu'ils invoquent.

Si donc c'était pendant la présomption d'absence que la question fût soulevée, je crois que la prétention des enfants devrait être provisoirement écartée, sauf à être reprise après la déclaration d'absence ou la preuve acquise du décès.

(1) V. au contraire C. de Toulouse 24 juin 1820 (J. P., tom. 59, p. 310).

279 *bis*. IV. Pareillement, le motif qui fait exiger la condition du décès des deux parents ne semblerait pas applicable, si c'était précisément le parent vivant qui contestât la légitimité des enfants en niant son mariage : car l'opposition d'intérêt expliquerait ici la dissimulation de l'acte et l'ignorance des enfants. Toutefois cette considération ne me déterminerait pas à les dispenser alors de produire l'acte. Ma raison principale, c'est que le fait même de contestation de légitimité, dirigée par un père ou par une mère contre ses propres enfants, ôte toute vraisemblance à la prétention des enfants. Cette considération, selon moi, fait plus que contrebalancer celle qu'on voudrait tirer de l'opposition d'intérêt. D'où je conclus que l'esprit de la loi, plus encore que ses termes, défend d'étendre ici la disposition exceptionnelle de l'article 197 (v. arr. C. de Toulouse, 24 juillet 1826 (1).

279 *bis*. V. Les trois conditions, de décès des père et mère, de leur vie publique comme époux, et de possession d'état des enfants, consistent dans des faits positifs dont la preuve est nécessairement à la charge des enfants. Mais la quatrième condition est purement négative et doit être réputée accomplie, soit que l'acte de naissance produit garde le silence sur la question de légitimité, soit que cet acte ne soit même pas représenté. Telle n'était pas, il est vrai, la pensée primitive du conseil d'État lorsque, sur un amendement proposé par Portalis, il décida que les enfants, après la mort de leurs parents, seraient admis à établir leur état par leur acte de naissance appuyé d'une possession d'état (2); si bien que, dans les rédactions suivantes, et même dans la rédaction dite *définitive,* ce qui est exigé comme preuve de la légitimité au cas qui nous occupe, c'est *l'acte de naissance appuyé de la possession d'état* (3). Bien plus, la pensée qui place alors dans l'acte de naissance la principale preuve de la légitimité se trouve encore exprimée et développée par l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs (4).

Quoi qu'il en soit, les termes de la loi sont bien différents; et, sans rechercher l'origine des changements que rien ne constate, je n'hésite point à tirer de ces termes les deux conséquences que j'ai indi-

(1) J. P., tom. 79, pag. 417.
(2) Séance du 6 brum. an x (Fenet, tom. 9, pag. 94).
(3) V. rédaction communiquée au Tribunat, art. 41 (ibid., pag. 114); rédaction définitive, art. 47 (ibid., pag. 133).
(4) *Portalis*, Exposé des motifs sur l'article 197 (ibid., pag. 173).

quées. Cela d'ailleurs est en parfaite harmonie avec les effets attribués à la possession d'état en matière de filiation (v. art. 320), et cela n'est pas moins conforme à l'esprit qui a dicté notre article; car les enfants, après la mort de leurs parents, pourraient à toute force ignorer même la date et le lieu de leur propre naissance et être ainsi dans l'impossibilité d'en produire l'acte.

279 *bis*. VI. La réunion de circonstances exigée par l'article 197 montre assez qu'on ne doit pas appliquer à la preuve de la légitimité les dispositions édictées ailleurs sur la preuve de la *filiation des enfants légitimes*. C'est quand le mariage des père et mère est certain, et que la filiation seule est en question, que l'acte de naissance fait foi de cette filiation (art. 319). C'est alors qu'à défaut d'acte de naissance la possession d'état suffit (art. 320). C'est encore dans la même hypothèse et au même point de vue qu'est proclamée, par l'article 322, la force irréfragable du titre de naissance et de la possession d'état conforme. Mais, si le mariage des père et mère est nié, la preuve doit en être préalablement fournie, suivant le mode prescrit par les articles 194 et suivants; et sans cette preuve, d'où dépend celle de la légitimité, les éléments indiqués deviennent insuffisants même pour la preuve de la filiation, parce que la loi ne les applique qu'à la filiation des enfants légitimes.

Il résulte de là que l'enfant qualifié légitime dans son acte de naissance, eût-il une possession d'état conforme, ne serait pas, en général, dispensé de rapporter l'acte de mariage de ses père et mère, à moins qu'il ne prouvât en outre, conformément à notre article, le décès de tous deux et leur vie publique comme mari et femme (v. Arr. Paris, 9 mars 1811) (1).

280. La preuve du mariage peut avoir été détruite par un crime (v. C. pén., art. 145, 146, 147, 173, 255, 256; v. aussi 192, 254). Alors la recherche du crime conduirait souvent à reconnaître le fait de la célébration et l'époque de cette célébration. La loi, moins sévère ici qu'en matière de filiation (art. 326, 327), permet d'acquérir ainsi par le résultat d'une procédure criminelle la preuve d'une célébration légale, sous la seule condition d'inscrire le jugement sur les registres. Il est clair du reste que ce jugement déclaratif d'un fait antérieur

(1) J. P., tom. 29, pag. 536.

doit assurer rétroactivement les effets civils du mariage, et cela non-seulement en faveur des enfants, mais en faveur des époux eux-mêmes; ajoutons, ou de tout autre intéressé. V. art. 198.

280 *bis*. I. Il est raisonnable, lorsqu'une infraction punissable est constatée par la justice chargée d'appliquer la peine, que les autres conséquences du fait ainsi constaté puissent être également appliquées sans nouvelle instruction. On conçoit, d'après cela, comment la preuve d'un mariage, supprimée par un crime, pourra résulter d'une procédure criminelle. S'il en est autrement en matière de filiation, cela tient aux principes tout spéciaux de cette matière; ici, au contraire, on suit purement et simplement le droit commun. C'est, au surplus, ce que suppose la rédaction même de l'article 198, qui n'a pas pour objet direct d'autoriser le résultat indiqué, mais qui, le supposant produit, tend uniquement à organiser le moyen de conserver et de régulariser la preuve ainsi acquise.

280 *bis*. II. La disposition de l'article 198 n'ayant donc point un caractère exorbitant, il ne faut pas l'interpréter trop strictement; et, quoique les termes de la loi comprennent seulement le cas d'une procédure criminelle, on ne doit pas craindre d'en étendre l'application à une procédure purement correctionnelle, et notamment au cas où l'officier public aurait été poursuivi pour inscription de l'acte sur une feuille volante (v. C. pén., art. 192). Ce dernier point paraîtra surtout incontestable si l'on recherche dans le projet de Code et dans les travaux préparatoires du conseil d'État l'origine de l'article 198; car c'est précisément à ce cas d'inscription sur une feuille volante que la règle, toute générale qu'elle est dans ses termes, avait été d'abord spécialement appliquée (1). Il est vrai qu'alors on entendait que le fait d'inscription sur feuille volante donnât lieu à une procédure *criminelle* dans le sens propre de ce mot (2). Mais quoique, depuis, le législateur en ait autrement décidé dans le Code pénal, ce n'est pas une raison pour soustraire à la disposition de notre article le cas en vue duquel il a été principalement fait. Il est d'ailleurs évident que les motifs de l'autorité attribuée à la procé-

(1) V. projet de Cod. civ., liv. I, tit. 5, art. 47, 48 (Fenet, tom. II, pag. 46); rédaction du 5 vend. an X, ch. III, sect. II, art. 13-15 (Fenet, tom. IX, p. 57 et 58); rédaction du 6 brum. an X, art. 17 et 18 (ibid., p. 95).

(2) V. *Tronchet*, séance du 6 brum. an X (Fenet, tom. IX, pag. 95).

dure criminelle ne peuvent être considérés comme sans valeur par rapport à la procédure purement correctionnelle. Quel que soit, en effet, le degré de gravité de la peine, ce n'est jamais qu'après un scrupuleux examen des faits que cette peine doit leur être appliquée. Ces raisons me déterminent à comprendre dans la disposition de l'article 198 et des articles suivants toute procédure criminelle ou correctionnelle quand elle porte sur des faits qui, volontaires ou non, auront amené la suppression de la preuve du mariage (v. notamment C. pén., art. 254).

280 *bis*. III. En comprenant, comme je le fais, dans l'application de l'article 198 tous les cas où, par suite d'un crime ou d'un délit, la preuve légale et régulière du mariage vient à manquer, je ne suis point arrêté par cette considération, que dans quelques-uns d'eux il pourrait exister d'autres moyens légaux de prouver le mariage. Je ne vois rien, en effet, dans la loi, qui montre l'intention de réduire l'application de l'article 198 au cas où l'emploi de la voie indiquée serait nécessaire. C'est donc mal à propos, je crois, qu'on voudrait retrancher de cette application les faits de soustraction, destruction ou enlèvement des registres en tout ou en partie (v. C. pén., art. 254-256); je conviens que c'est là un cas de perte rentrant dans les termes de l'article 46 (v. ci-dessus 277 *bis*. II); mais j'y vois seulement pour les parties l'avantage de pouvoir invoquer ce dernier article devant les tribunaux civils, lors même que l'action criminelle ou correctionnelle ne serait pas intentée, ou qu'elle serait éteinte par prescription (v. C. instr. crim., art. 637, 638).

Pareillement, quand j'applique l'article 198 au délit d'inscription sur feuille volante, c'est sans préjudice de l'effet que je reconnais à la feuille volante, si elle est produite, soit pour donner lieu à la fin de non-recevoir établie par l'article 196, soit pour autoriser, à titre de commencement de preuve par écrit, l'admission de tous les moyens propres à justifier qu'il y a eu effectivement mariage (v. ci-dessus nos 277 *bis*. I; 278 *bis*. II, IV et V).

280 *bis*. IV. Remarquons, au reste, que la procédure criminelle pourrait porter sur des faits du genre ci-dessus indiqué sans qu'il en résultât la preuve du mariage; car il suffirait, par exemple, que les registres de mariage eussent été soustraits, détruits ou enlevés, pour qu'il y eût lieu à poursuites, amenant l'application contre les coupables des peines portées par les articles 254-256 du Code pénal;

mais cette procédure pourrait très-bien ne point établir à quels mariages se réfère la suppression constatée. Il est clair qu'on ne serait point alors dans les termes de l'article 198 : seulement les parties seraient toujours à temps de s'emparer du jugement pour prouver la perte des registres et invoquer au surplus l'article 46. Mais l'article 198 suppose que la preuve du mariage en question résulte de la procédure criminelle, et cela est possible en fait. Toutefois ce résultat juridique ne me paraît pouvoir être obtenu qu'autant que, sur des conclusions prises à cet effet, la cour ou le tribunal aura constaté que le mariage dont il s'agit a été en effet célébré, et que le crime ou délit dont la connaissance lui était attribuée en a supprimé la preuve.

280 *bis*. V. Dès l'instant qu'on suppose la preuve de la célébration légale du mariage acquise par le résultat de la procédure criminelle, il peut bien être et il est, en effet, très-utile de faire porter sur les registres de l'état civil la constatation de ce résultat; mais on n'avait, il semble, nul besoin de dire que les effets civils assurés ainsi au mariage dateraient du jour de la célébration; car c'est la célébration qui fait le mariage; et, à quelque époque que la preuve en soit acquise, le mariage parfait doit, en principe, produire immédiatement ses effets.

Toutefois, on aurait pu croire que l'effet du mariage valablement contracté était subordonné à l'existence actuelle de l'acte sur les registres, comme dans une autre matière nous voyons l'efficacité de l'hypothèque dater seulement de l'inscription : c'est ce doute que la loi a voulu prévenir en s'expliquant comme elle l'a fait.

Du reste, quoique la loi n'applique ici sa proposition qu'aux époux et aux enfants, je n'hésite pas à dire que c'est à l'égard de tous les intéressés que les effets civils sont assurés au mariage par l'inscription prescrite du jugement. Le but de la loi, en nommant les époux et les enfants, a dû être uniquement d'indiquer que la faveur de notre article n'est pas, comme celle de l'article précédent, bornée aux seuls enfants. Mais, dès qu'on a entendu l'appliquer aux époux, et cela dans la supposition d'une inscription sur feuille volante (1), qui peut jusqu'à un certain point leur être imputée, il n'y a aucune raison pour traiter plus rigoureusement leurs héritiers ou ayant-cause.

(1) V. ci-dessus, II.

281. Les époux n'étant pas les seuls intéressés au rétablissement de la preuve du mariage, et cet intérêt subsistant après comme avant sa dissolution, la mort des époux ou de l'un d'eux, *sans avoir découvert la fraude*, c'est-à-dire sans avoir agi, ne saurait mettre obstacle à l'exercice de l'action criminelle tendant à ce rétablissement. La loi, en conséquence, attribue ici le droit d'*intenter* cette action à tous ceux qui ont intérêt et au procureur de la République. V. art. 199.

281 *bis*. I. L'action appelée ici criminelle n'est certainement pas l'action publique; car celle-là n'appartient jamais aux particuliers (C. instr. crim., art. 1); évidemment donc il ne peut s'agir que de l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage, action que les époux de leur vivant, et, à leur défaut, leurs héritiers et ayant-cause, peuvent porter devant les tribunaux criminels ou correctionnels, en même temps que l'action publique. C'est là, comme on voit, une action purement civile, à laquelle s'applique la faculté accordée par l'article 3 du même Code. C'est cette action qui, à la différence de l'action civile en dommages et intérêts, me paraît ici extraordinairement accordée au procureur de la République comme aux parties intéressées. Cela, du reste, n'est peut-être pas en harmonie parfaite avec le principe qui refuse, en général, au ministère public l'action en rectification des actes de l'état civil (v. art. 99, et ci-dessus n° 122 *bis*. I). Mais on a pensé apparemment que le rétablissement de la preuve du mariage, auquel peuvent se rattacher dans le présent et dans l'avenir tant d'intérêts divers, est, à ce point de vue, d'ordre public, et ne doit pas se confondre avec les cas ordinaires de rectification. Et d'ailleurs la poursuite de l'action publique pouvant toujours, quoique dirigée dans un autre but, mettre en lumière les faits propres à faire ressortir l'existence du mariage, on ne devait pas refuser au magistrat, à qui son devoir prescrit d'intenter cette action, le droit de faire consacrer accessoirement un résultat d'une si haute importance.

281 *bis*. II. L'article 199 suppose qu'un des époux, au moins, est décédé sans avoir découvert la fraude; et c'est à cette supposition qu'il semble subordonner le droit d'agir qu'il accorde à d'autres. Sa pensée évidente est que les époux qui, de leur vivant, découvriront la fraude ne manqueront pas d'agir, ce qui rendrait

superflue et sans objet l'action de toute autre personne. Ajoutons que, tant qu'ils vivent tous deux, il n'y a pas ordinairement pour d'autres personnes intérêt né et actuel.

La pensée des rédacteurs étant ainsi expliquée, je ne voudrais pas conclure, *à contrario* des termes de l'article, qu'on dût refuser l'action aux intéressés ou au ministère public après le décès d'un des époux qui, ayant de son vivant connu la fraude, se serait abstenu d'agir.

Pareillement je ne refuserais pas aux intéressés le droit d'agir du vivant même des deux époux, si, par extraordinaire, ils se trouvaient avoir dès lors un intérêt né et actuel : *puta*, si les enfants du mariage avaient besoin, pour recueillir la succession d'un frère, de prouver leur légitimité.

Amené par mon raisonnement à ne tirer des termes de l'article aucun argument *à contrario*, j'admettrais l'action du procureur de la République même du vivant des époux (1). Et par là je ne veux pas dire seulement qu'il pourrait intenter l'action publique, j'entends qu'il pourrait conclure en même temps au rétablissement de la preuve du mariage.

281 *bis*. III. L'emploi du mot fraude dans les articles 199 et 200 pourrait faire croire que leur application et celle de l'article précédent n'embrasseraient pas les cas de simple négligence. Mais, s'il est vrai que, sous le nom de procédure criminelle, l'article 198 comprend la procédure correctionnelle (v. ci-dessus n° 280 *bis*. II), comme il est vrai d'autre part que cette négligence peut constituer un *délit* dans le sens technique (v. notamment C. pén., art. 254), je prends ici le mot fraude dans un sens large pour indiquer toute infraction punissable qui, abstraction faite de l'intention de nuire, aurait nui en effet, en faisant défaillir la preuve légale du mariage.

282. L'action criminelle ne peut s'intenter après la mort du coupable, que la loi suppose ici être l'officier public. Mais l'action civile contre ses héritiers doit produire le même résultat quant à la preuve du mariage. Au reste, pour prévenir toute collusion, la loi, contre les principes reçus en matière civile, confie l'exercice de cette action au ministère public,

(1) J'inclinais vers l'idée contraire lorsque j'ai écrit et imprimé le titre *Des Actes de l'état civil* (v. ci-dessus n° 122 *bis*. II); mais la réflexion m'a fait changer d'avis.

qui pourtant ne peut agir ainsi qu'en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation. V. art. 200.

282 *bis*. I. C'est seulement de l'*officier public* que la loi suppose le décès comme faisant obstacle à l'exercice de l'action criminelle; mais cela tient uniquement à ce que notre article, ainsi que les deux précédents, n'avait été primitivement rédigé qu'en vue du cas d'inscription sur feuille volante, fait toujours principalement imputable à l'officier de l'état civil. Il est évident, du reste, que la pensée de la loi doit embrasser tous les cas où le décès de l'auteur du délit ne laisse plus lieu à la procédure dite *criminelle*, d'où pourrait résulter la preuve de la célébration du mariage.

282 *bis*. II. La loi veut alors que le même effet soit attribué à la procédure civile dirigée contre les héritiers du coupable. Mais il serait à craindre, si l'on s'en tenait aux règles ordinaires de cette procédure, qu'il n'y eût collusion entre le demandeur et les héritiers, dont l'intérêt de résistance à la condamnation est purement pécuniaire, et pourrait conséquemment disparaître devant des sacrifices d'argent. C'est pour prévenir cette crainte que l'exercice de l'action est extraordinairement confié au procureur de la République. Toutefois, le ministère public, constitué ainsi partie principale, ne peut agir ici d'office, mais seulement sur la dénonciation des parties intéressées et en leur présence. En effet, le but direct de l'action étant tout pécuniaire, il serait trop contraire aux principes que le ministère public pût l'intenter d'office. Tout ce qu'il faut, c'est, afin de prévenir les abus, qu'il soit appelé à diriger le mouvement donné par l'intérêt privé. Il est vrai qu'au cas prévu par l'article précédent, nous reconnaissons au ministère public le droit de conclure d'office au rétablissement de la preuve du mariage, mais c'est qu'alors ces conclusions secondaires ne sont qu'accessoires à l'action publique, dont il a de son chef et exclusivement l'exercice.

282 *bis*. III. Le cas ici prévu est celui d'extinction de l'action publique par la mort de l'auteur du délit; c'est uniquement pour ce cas que la loi suppose la faculté d'acquérir la preuve du mariage par le résultat de la procédure civile dirigée contre les personnes responsables; c'est pour ce cas, qu'en vue du résultat, elle constitue le rôle exceptionnel du ministère public.

Avec ce correctif, le même résultat eût pu sans doute être attribué

à l'action civile portée devant les tribunaux ordinaires contre l'auteur même du délit; mais, dans le silence de la loi, on ne peut, par analogie, étendre l'application d'une disposition exorbitante; et, tant que l'auteur du délit existe, la procédure criminelle étant possible, c'est à elle qu'il faudra avoir recours, en provoquant à cet effet l'exercice de l'action publique soit par voie de plainte, soit encore, s'il ne s'agit que d'un délit, par assignation directe devant le tribunal correctionnel.

282 *bis*. IV. Du vivant même du coupable, l'action publique pourrait être éteinte par prescription (v. C. instr. crim., art. 637, 638); et, cette extinction s'appliquant même à l'action civile, il est clair que la preuve du mariage ne pourrait plus alors s'acquérir par voie de conséquence. Alors donc les articles 198-200 seraient sans application; mais il resterait aux parties intéressées la ressource de l'article 46, et conséquemment le droit de prouver par tous les moyens possibles le fait de *destruction* de registres, cas qui comprendrait celui de falsification, mais non, selon nous, le cas de simple omission de l'acte sur les registres, si leur tenue n'a pas été d'ailleurs interrompue (v. ci-dessus nº 277 *bis*. II). Quant au droit de prouver la destruction ou falsification, quoique ces faits constituent des crimes, la prescription de l'action publique et de l'action *civile* ne l'enlève pas. Car cette prescription, qui tend uniquement à soustraire l'auteur du fait punissable aux poursuites, n'empêche pas d'admettre à d'autres fins la preuve du fait punissable ou non. Cette théorie, qui recevrait d'ailleurs de nombreuses applications, est spécialement mise en lumière par l'article 239 du Code de procédure, qui suppose bien que la procédure en faux civil reste possible après que la poursuite du crime de faux est éteinte par prescription.

282 *bis*. V. C'est aussi et uniquement la ressource de l'article 46 qui resterait aux parties intéressées, pour le rétablissement de la preuve du mariage détruite par un crime, si l'auteur du crime était inconnu.

283. Le mariage non prouvé ne peut, comme on l'a dit, produire aucun effet civil : c'est la condition commune de tout fait invoqué comme source de droit dans le for extérieur. A cet égard, il y aurait inconséquence à accorder quelque effet si on ne les accorde pas tous, car il n'y a pas de milieu entre

l'être et le néant. Le même principe semblerait devoir amener les mêmes conséquences à l'égard du mariage nul; et c'est réellement ce qu'il faut admettre, à quelques modifications près (1), quelle que soit d'ailleurs la nature de la nullité, lorsque les parties ont connu en contractant le vice ou l'empêchement qui s'opposait à la légitimité de leur union. Mais, si toutes deux ou l'une d'elles l'avait ignoré, le fait de leur commerce, dont la bonne foi constitue alors l'innocence, mérite certainement d'être pris en considération, soit pour leur conserver les avantages pécuniaires, condition sous laquelle l'établissement de ce commerce a été consenti; soit surtout pour assurer l'état des enfants qui en sont issus. Ce n'est pas une raison sans doute pour empêcher la déclaration de nullité, ni pour maintenir dans l'avenir l'union reconnue illicite. Mais c'en est une pour réserver, comme en cas de simple dissolution, les effets civils du mariage : soit en faveur des deux époux si tous deux ont contracté de bonne foi; soit en faveur de celui des deux qui seul était de bonne foi; et, dans l'une ou l'autre hypothèse, en faveur des enfants issus de ce mariage putatif. V. art. 201, 202.

283 *bis*. I. Deux conditions sont certainement exigées pour l'attribution des effets civils réservés par les articles 201 et 202 : 1° qu'un mariage nul ait été *contracté;* 2° qu'il l'ait été de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance du vice qui l'infectait. La première condition suppose en général une célébration, sans laquelle la prétendue bonne foi n'aurait pas elle-même de base légitime; et, toutefois, ce n'est pas une raison pour exiger une célébration parfaitement régulière en la forme; car toute irrégularité n'entraîne pas nullité (v. ci-dessus n° 275 *bis*. II); et celle qui n'empêcherait pas la vali-

(1) Ces modifications, selon moi, consisteraient :

1° A laisser au mariage nul l'effet de rendre applicables à la filiation illégitime des enfants qui en sont issus les règles établies pour la preuve de la filiation légitime, sauf peut-être à ne point appliquer alors dans toute sa rigueur la présomption de paternité du mari (j'examinerai cette question au titre *De la Paternité et de la Filiation*);

2° A déclarer commune, au cas de nullité du mariage, la règle qui défend à la femme de se remarier dans les dix mois de la dissolution (art. 228, 296; v. ci-dessous n° 311 *bis* I).

dité d'un mariage, d'ailleurs légitime, ne doit pas davantage faire obstacle à l'établissement d'un mariage putatif. Mais je vais plus loin, et j'entends que l'irrégularité, quand elle serait de nature à entraîner la nullité prévue par l'article 191, n'exclurait pas nécessairement l'application des articles 201 et 202; car la nullité de forme pourrait, comme toute autre, être ignorée, et dans cette ignorance consisterait la bonne foi. J'ajoute que cette nullité n'empêche pas même absolument de dire qu'il y a eu contrat, pourvu qu'il y ait eu consentement; car c'est dans le consentement que consiste principalement le contrat.

283 *bis*. II. Cette théorie, j'en conviens, n'est pas en harmonie avec celle qui règle les conditions de la bonne foi du possesseur pour l'acquisition de la propriété par prescription (art. 2265). Là, en effet, le titre nul par défaut de forme ne pourrait servir de base (art. 2267). Mais rien n'autorise l'argument qu'on voudrait tirer d'une matière à l'autre; car les intérêts en question sont d'un genre bien différent; et d'ailleurs il ne s'agit pas ici de faire prévaloir définitivement le fait sur le droit, en validant le mariage, comme la prescription consolide l'aliénation; il s'agit uniquement de conserver les effets produits par le fait pendant sa durée. Sous ce rapport, notre matière présenterait plus d'analogie avec celle de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Or, il n'est nullement certain que cette acquisition soit subordonnée à l'existence d'un titre valable, et rien, en effet, dans les termes de la loi, n'oblige à le penser (v. art. 550).

283 *bis*. III. Quoi qu'il en soit, la réserve d'effets civils à un mariage nul étant certainement une faveur, et la faute n'étant jamais favorable, on pourrait en conclure que l'erreur constitutive de la bonne foi ne devrait pas être prise en considération lorsqu'elle procédera d'une faute imputable à celui qui l'invoque. La conséquence serait, de soustraire en général à l'application des articles 201 et 202 le cas d'erreur de droit, et celui où l'ignorance de la cause de nullité aurait pu être évitée par des informations soigneusement prises et par l'accomplissement exact des formalités qui, aux termes de la loi, devaient précéder ou accompagner la célébration. A ce point de vue, l'omission de quelqu'une de ces formalités, ne fût-elle pas en elle-même irritante, *puta* celle des publications, pourrait rendre sans valeur l'allégation de bonne foi. Quant à l'erreur de droit, on se fon-

derait particulièrement, pour n'y avoir ici aucun égard, sur la théorie romaine, qui l'admet bien pour sauver d'une perte, mais non pour procurer un bénéfice (v. *Papin.*, L. 7 et 8, ff., *De jur. et fact. ign.*).

Toutefois ces raisons ne suffisent pas pour me déterminer à restreindre hors des termes de la loi le bénéfice si précieux des articles 201 et 202. La loi exige seulement que le mariage nul ait été contracté *de bonne foi;* or, il est évident que l'imprudence, que la négligence même, ne sont pas exclusives de la bonne foi; il est évident encore que la loi peut être ignorée de très-bonne foi.

283 *bis*. IV. Ce n'est pas à dire cependant que j'entende mettre sur la même ligne, pour l'application de la faveur réservée à la bonne foi, l'allégation d'une erreur de fait et celle d'une erreur de droit; ce n'est pas non plus que je considère indistinctement la célébration régulière ou irrégulière comme propre à fonder l'allégation de bonne foi. L'ignorance du droit, qui est en général une faute, ne doit pas se supposer. Quant à l'omission des formes, et particulièrement de celles dont l'accomplissement pouvait servir à révéler l'existence d'empêchements, on peut croire que cette omission a eu lieu à dessein, et précisément pour éviter la manifestation d'une cause de nullité connue des parties. J'en conclus que les parties auront alors besoin, pour s'appliquer les articles 201 et 202, de prouver positivement les circonstances particulières qui établissent leur ignorance. Au contraire, lorsqu'il y aura célébration régulière, dûment précédée de publications, et que l'erreur alléguée sera purement de fait, j'appliquerai le principe de droit et de raison qui, en présence d'un titre régulier, fait présumer la bonne foi (v. art. 2268); et c'est sur les adversaires que je rejetterai le fardeau de la preuve contraire.

283 *bis*. V. La loi exigeant seulement que le mariage ait été *contracté* de bonne foi, j'en conclus que la connaissance du vice de l'union, survenue pendant sa durée, n'empêchera pas la prolongation des effets civils, au moins tant que la nullité ne sera pas demandée. Il faut convenir cependant que la connaissance du vice, une fois acquise, fait cesser l'innocence du commerce; cette proposition, incontestable lorsqu'il s'agit d'une nullité d'ordre public, surtout si sa cause, comme en certains cas d'inceste, ne peut jamais cesser, je l'admets à l'égard même d'une nullité purement relative, tant qu'elle n'est pas couverte (v. ci-dessus n° 256 *bis*. II). Mais la loi n'astreint pas toujours à l'accomplissement rigoureux d'un devoir

de conscience; et je comprends que, dans l'intérêt surtout des enfants, toujours innocents, et par conséquent toujours favorables, elle couvre de son indulgence la faute des époux qui, engagés une fois dans un commerce d'abord cru légitime, n'ont point eu la force de le rompre, et l'ont continué dans l'espoir que la nullité se couvrirait, ou même, si cela n'est pas possible, dans la pensée moins pure que cette nullité demeurerait inconnue. C'est ainsi que la loi, moins sévère que la conscience, n'attribue pas à la mauvaise foi survenant l'effet d'empêcher la prescription de dix ou de vingt ans (v. art. 2269). Il est vrai que la survenance de la mauvaise foi fait cesser au contraire l'acquisition des fruits, effet plus analogue que la prescription avec ceux qui sont réservés au mariage putatif. Mais l'analogie est loin d'être complète, et peut-être a-t-on dû considérer que le devoir de la séparation est pour les époux bien plus pénible et, sous beaucoup de rapports, plus difficile à accomplir que le devoir du possesseur de la chose d'autrui envers le maître légitime.

Tout considéré donc, je m'en tiens au texte de la loi; et, sans m'occuper du temps ultérieur, je m'attache ici uniquement à la bonne foi au moment du contrat.

283 *bis*. VI. Une fois entré dans cette voie d'indulgence, je n'arrêterais pas même au moment de la demande en nullité les effets du mariage putatif. Car cette demande, que les époux, jusqu'au dernier moment, peuvent croire mal fondée, ne saurait rendre la continuation de leur commerce plus défavorable que ne le ferait la connaissance positive du vice de leur union. Vainement invoquerait-on au contraire le principe qui fait remonter en général au jour de la demande les effets d'un jugement prononcé; car, cette règle, admise dans l'intérêt privé des demandeurs, pour que la résistance mal fondée de leurs adversaires ne leur soit pas préjudiciable, ne reçoit son application que dans les matières susceptibles d'acquiescement. Elle ne peut donc être invoquée, quel que soit à cet égard l'intérêt des demandeurs, quand il s'agit, comme ici, d'une question d'état.

283 *bis*. VII. Parmi les effets civils réservés au mariage putatif, doit-on comprendre la légitimation des enfants nés d'un commerce antérieur? La négative ne paraît pas douteuse si ce commerce, au moment où il a eu lieu, était infecté du vice, même ignoré, d'adultère ou d'inceste; car les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent être légitimés, même par un véritable mariage (v. art. 331); et l'on

ne peut admettre, dans le silence de la loi, que l'ignorance des père et mère sur la gravité de leur faute, au moment où ils la commettaient sciemment, suffise pour en détruire ou en atténuer les conséquences. Mais si le commerce antérieur n'était ni incestueux ni adultérin, la généralité des termes de la loi semble permettre d'attribuer au mariage putatif cet effet civil comme tous les autres, et c'est la doctrine la plus généralement suivie par les auteurs modernes. Toutefois j'ai peine à me ranger à ce sentiment, car il s'agit ici d'un effet exorbitant, auquel ne s'appliquent point les motifs qui font accorder la légitimité aux enfants nés du mariage putatif. La question, au surplus, sera examinée plus amplement sur l'article 331.

283 *bis*. VIII. Sauf ce point, la réserve d'effets civils au mariage putatif n'est l'objet d'aucune difficulté s'il y a bonne foi des deux côtés, et si d'ailleurs il n'existe point en même temps de mariage légitime dont il faille combiner les effets avec ceux du mariage putatif. Tout doit se passer alors comme s'il y avait eu réellement mariage valable.

Cette proposition s'applique à l'exécution des conventions matrimoniales, à l'effet des libéralités que les époux auront pu se faire, soit par leur contrat de mariage, soit pendant la durée de l'union; à l'hypothèque légale de la femme, à la nécessité de l'autorisation maritale; elle s'applique également à l'état des enfants conçus pendant l'union, au mode de preuve de cet état, et au droit de successibilité réciproque entre les enfants et leurs père et mère, ou entre les enfants et les parents de leurs père et mère.

Mais j'ai peine à croire que la réserve d'effets civils aille jusqu'à faire attribuer indistinctement à l'époux de bonne foi le droit de succession conféré par l'article 767; car la déclaration de nullité du mariage doit équivaloir au moins à un divorce, et la loi refusait formellement le droit de succession à l'époux divorcé. L'argument, au reste, sera surtout déterminant si la nullité a été prononcée avant l'ouverture de la succession; mais peut-être, au cas contraire, ne faudrait-il refuser le droit de succession qu'autant que ce même droit serait réclamé par le véritable époux du vivant et au préjudice duquel aurait été contracté le mariage nul.

283 *bis*. IX. Si la bonne foi n'existe que d'un seul côté, cette circonstance est indifférente quant à l'état et aux droits des enfants (v. art. 202). Ceux-ci donc, évidemment, succéderont à l'un comme

à l'autre de leurs père et mère, et aux parents de tous deux ; seulement le droit de successibilité ne sera pas réciproque en faveur de l'époux de mauvaise foi. Du reste, je ne vois pas pourquoi le principe de réciprocité ne resterait pas applicable à la successibilité entre les enfants et les parents de l'époux de mauvaise foi.

283 *bis*. X. Mais, dans les rapports des époux entre eux, les effets civils n'étant réservés qu'à l'un d'eux, les conséquences ne sont pas aussi simples, et il convient de les envisager distinctement, soit eu égard au régime de l'association conjugale quant aux biens, soit par rapport aux donations que les époux ont pu se faire dans le contrat, ou pendant la durée de l'union.

Quant au régime matrimonial, les principes ne permettent pas de le scinder; et la différence de position des deux époux doit consister uniquement dans le droit qu'aura l'époux de bonne foi de l'invoquer, en s'y soumettant pour sa part, ou de le répudier en totalité, sans préjudice toutefois des effets qui, malgré la répudiation, pourraient être réservés à l'association considérée comme de pur fait.

A l'égard des donations ou avantages de tout genre que les époux se seraient faits par contrat de mariage, ils s'exécuteront en faveur de l'époux de bonne foi, mais sans réciprocité, quand même cette réciprocité serait stipulée; car les avantages mutuellement consentis ne sont pas pour cela, comme les différentes clauses d'un contrat synallagmatique, réputés cause les uns des autres. La cause de chaque donation est toujours la libéralité : donc l'effet subordonné ici à la condition du mariage peut être réclamé par celui à qui sont réservés les effets civils du mariage, mais par lui seul (v. anal., art. 299 et 300).

Quant aux donations faites pendant la durée de l'union, je crois que l'un et l'autre époux conservera le droit de les révoquer : cette faculté est incontestable pour l'époux de bonne foi si c'est lui qui est donateur; car, évidemment, l'article 1096 est applicable en sa faveur. Mais cet article, selon moi, pourra être invoqué même contre lui, car sa bonne foi ne fait pas qu'il doive être mieux traité qu'il ne s'était attendu à l'être en qualité d'époux légitime.

283 *bis*. XI. Disons un mot aussi des donations faites aux époux par des tiers dans le contrat de mariage, et par conséquent sous la condition du mariage (art. 1088); il est certain qu'elles sont maintenues si c'est à l'époux de bonne foi qu'elles sont personnellement

faites. Quant à celles qui seraient faites à l'époux de mauvaise foi, si elles ont pour objet des biens présents (v. art. 1081), la caducité prononcée par l'article 1088 leur est applicable, car il est vrai de dire qu'il n'y a pas eu mariage; mais si ce sont des donations de biens à venir, elles devront subsister au profit des enfants, en ce sens au moins que ceux-ci soient appelés à les recueillir en cas de prédécès de leur père ou mère, époux de mauvaise foi. On se demanderait même s'ils ne devraient pas y être appelés indépendamment de cette condition de prédécès, comme vulgairement substitués aussi bien pour le cas d'incapacité que pour le cas de mort.

283 *bis*. XII. La réserve d'effets civils au mariage putatif ne saurait cependant porter atteinte aux effets d'un véritable mariage, qu'on supposerait exister en même temps. C'est donc seulement sauf les droits de l'époux véritable qu'on peut accorder à celui qui s'attribuait de bonne foi ce titre l'exécution de sa convention matrimoniale. Ainsi l'existence d'une communauté purement putative entre les prétendus époux qui ont contracté le mariage nul ne devra pas, en principe, diminuer la part revenant à l'époux légitime vraiment commun en biens.

Toutefois, le véritable conjoint devra évidemment subir la distraction des apports faits par le conjoint du mariage putatif : j'ajoute qu'il devra laisser ce dernier prendre sa part dans les acquêts de la communauté *de fait;* car, bien que ces acquêts puissent provenir en tout ou en partie d'économies réalisées sur des revenus appartenant à la communauté *de droit,* ce ne sera pour le véritable conjoint qu'une perte de fruits. Or, en matière de fruits, le fait soutenu de la bonne foi prévaut toujours sur le droit (v. art. 550).

Sans entrer au reste dans le détail des questions plus ou moins compliquées qui peuvent surgir en cette matière, je me borne à résumer la doctrine en ces trois propositions :

1° Les effets civils réservés au mariage putatif ne doivent en général ni profiter ni nuire au conjoint véritable;

2° Cependant, le préjudice causé au conjoint véritable ne doit pas être pris en considération si ce préjudice ne consiste que dans une perte de fruits;

3° Sauf les droits du conjoint véritable, le conjoint du mariage putatif doit être traité, en tout point, jusqu'à la nullité prononcée, comme s'il avait été époux légitime.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

284. Le mariage impose des obligations aux époux l'un envers l'autre ; c'est l'objet du chapitre suivant. La loi ne s'occupe ici que de celles qu'il produit entre les époux et d'autres personnes par suite des rapports de parenté ou d'alliance qu'il produit ou consacre.

284 *bis*. I. L'objet principal de ce chapitre est de régler les obligations imposées aux époux envers les enfants qui doivent naître de leur mariage (art. 203, 204). Mais, comme dans ces obligations se trouve en première ligne celle de nourrir et entretenir les enfants, tant qu'ils ne seront pas en état de pourvoir à leur subsistance, le législateur se trouve amené à régler à la suite l'obligation de fournir des aliments à certains parents et alliés, quand, à quelque âge que ce soit, ils se trouvent dans le besoin (art. 205-211). Cette obligation, du reste, n'existant qu'en ligne directe, et n'étant proclamée ici qu'en vue d'une parenté ou alliance légitime, qui a toujours sa source dans le mariage, c'est toujours au mariage des père et mère ou des autres ascendants qu'on peut rattacher comme conséquence éloignée la créance ou la dette d'aliments. A ce point de vue, la seconde partie du chapitre rentre, comme la première, dans sa rubrique générale.

284 *bis*. II. De là cependant il faut se garder de conclure que le mariage soit la seule base des obligations dont il s'agit : évidemment le simple fait de génération est, au point de vue moral, un principe de droits et de devoirs entre les parents et les enfants; et, s'il est un devoir sacré, c'est, sans contredit, celui de ne pas abandonner, sans secours et sans direction, l'être faible à qui l'on a donné l'existence; c'est, à tout âge, le devoir mutuel, pour les personnes dont l'une a reçu la vie de l'autre, de ne pas se laisser périr de faim et de misère.

Quant à la consécration de ces devoirs d'honneur et de conscience pour leur application dans le for extérieur, on ne la trouve pas, il est vrai, dans les dispositions de ce chapitre, qui n'a en vue que le cas de mariage. Mais d'autres dispositions de la loi, combi-

nées avec les anciens principes, résulte évidemment la consécration que l'on cherche, car le législateur pourvoyant spécialement à l'organisation de la filiation naturelle, et lui attribuant des effets bien plus importants que ne le faisait l'ancien droit (v. art. 334 et suiv., 158, 383, 756 et suiv.), il y aurait contradiction de sa part à ne pas lui réserver les effets de droit naturel qu'on ne lui contestait pas autrefois.

285. La procréation des enfants étant la fin principale du mariage, on doit supposer que le consentement qui forme ce contrat s'applique, dans la pensée même des époux, à l'obligation de pourvoir au sort des enfants qui en proviendront, en leur fournissant la nourriture, l'entretien et l'éducation. La loi déclare en conséquence que les époux *contractent ensemble* cette obligation par le seul fait du mariage. V. art. 203.

285 *bis*. I. L'obligation de nourrir et entretenir les enfants, marchant ici de front avec celle de les élever, dont, à bien dire, elle fait partie, doit se référer, dans la pensée du législateur, aux enfants qui ne sont pas encore élevés. Il est certain cependant que cette obligation ne cesse pas avec celle d'élever, et qu'à tout âge les parents doivent des aliments à leurs enfants dans le besoin. Mais, cette proposition, d'ailleurs incontestable, s'appuie plutôt sur les termes de l'article 207 que sur ceux de l'article 203.

285 *bis*. II. L'obligation d'élever comprend l'éducation physique, morale et intellectuelle. L'importance des dépenses et le genre de l'éducation doivent évidemment se régler sur les facultés et l'état des parents, chargés d'y pourvoir, en général, à leurs frais. A cet égard le règlement et la détermination rentrent dans l'autorité paternelle, dont l'exercice appartient exclusivement au père pendant le mariage (v. art. 372, 373). Et toutefois je ne doute pas qu'il n'y eût recours aux tribunaux en cas d'abus grave; et ce recours, je l'accorderais, suivant les cas, à la mère, à la famille, ou même au ministère public (arg. des art. 267 et 302). Du reste, c'est surtout pour la mère que le droit d'agir est incontestable; car c'est *avec elle*, et j'entends aussi *envers elle*, comme envers les enfants, qu'a été contractée l'obligation dont il s'agit ici de régler l'exécution.

285 *bis*. III. Quoique l'obligation de nourrir, entretenir et élever emporte évidemment celle de pourvoir personnellement aux dé-

penses, je crois pourtant que les père et mère seront affranchis de cette charge quand les enfants auront des revenus suffisants pour y pourvoir. Alors, en effet, la cause de l'obligation cesse, puisqu'elle n'a son principe que dans le besoin. Si la loi ne s'en est pas expliquée, c'est parce que ordinairement les enfants n'ont pas de biens du vivant de leurs père et mère, ou que, s'ils en ont, la jouissance en appartient au père ou au survivant des père et mère (art. 384); auquel cas la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, suivant leur fortune, est une charge de cette jouissance (art. 385-2°). Mais il peut en être autrement (v. art. 386, 387); et alors, il convient que la charge soit supportée, en tout ou en partie, sur les revenus de l'enfant propriétaire. Du reste, en cas d'insuffisance de ces revenus, je ne pense pas que les parents, pour se dispenser de contribuer de leur propre revenu, puissent entamer le capital de l'enfant.

Quant à la contribution des époux entre eux, il n'y a pas lieu de s'en occuper ici ; il suffit de dire que c'est là une charge du mariage, qui, dès lors, devrait être supportée suivant la convention matrimoniale (v. art. 1409-5°, 1540, 1537, 1575). Seulement, il faut bien se pénétrer de cette idée que cette charge du mariage, comme toutes les autres, pèse, en principe, sur chacun des époux *in solidum ;* elle doit donc, suivant les cas, se répartir inégalement entre eux, ou même être supportée exclusivement par l'un d'eux (v. à ce sujet art. 1448).

285 *bis*. IV. L'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants s'applique, comme on l'a dit, aux pères et mères naturels, et devient contre eux un principe d'action lorsque leur titre est légalement certain, comme il peut l'être, soit par l'effet d'une reconnaissance, soit par l'effet d'une déclaration judiciaire (v. à ce sujet art. 334, 340, 341). L'obligation et l'action qui en est la suite s'appliqueraient même aux pères et mères incestueux ou adultérins, dans les cas extraordinaires où leur titre se trouverait constaté.

Nul doute, en effet, que les pères et mères, en cette seule qualité, ne soient tenus de fournir des aliments de leur vivant, puisque leur succession en devrait aux enfants adultérins et incestueux, les moins favorisés de tous (v. art. 762). Nul doute que dans cette dette d'aliments ne rentre l'obligation de fournir, non-seulement la nourriture et l'entretien, mais aussi l'éducation qui doit procurer à l'en-

fant les moyens de vivre (v. à ce sujet art. 764). Quant à la direction, je n'hésite pas à dire qu'elle appartient, en principe, aux pères et mères naturels (v. art. 383, qui suppose bien que l'enfant est placé sous leur autorité).

Ajoutons que la force des choses amène à reconnaître dans une certaine mesure cette prérogative aux pères et mères même adultérins ou incestueux, comme conséquence de leur obligation de pourvoir à l'éducation.

Du reste, il est incontestable que la mesure des dépenses et la nature de l'éducation à donner, bien que dépendant toujours plus ou moins de l'état et de la fortune des père et mère, sont aussi subordonnées à la qualité de la filiation, plus ou moins favorable, suivant qu'elle est légitime, simplement naturelle, ou bien adultérine ou incestueuse (v. à ce sujet art. 764).

286. En outre, la nature semble commander aux père et mère de fournir à leurs enfants, après qu'ils sont élevés, un établissement convenable. Toutefois, comme il n'y a pas ici de nécessité absolue, de puissantes considérations morales font refuser aux enfants le droit d'agir à cet effet en justice. V. art. 204.

286 *bis*. Le droit romain obligeait le père de famille à fournir à ses enfants de l'un ou l'autre sexe l'établissement par mariage (v. *Marcien*, L. 19, ff. *De rit. nupt.*). Mais cette doctrine, suivie en pays de droit écrit, était, en général, rejetée en pays coutumiers. Une pareille action contre des pères ou mères (car, dans ces pays, il n'y avait pas lieu à distinguer entre eux) y était considérée comme contraire au respect que l'enfant leur doit, et d'ailleurs suffisamment suppléée par l'affection qui porte ordinairement les parents à faire, dans la seule limite du possible, les sacrifices nécessaires pour l'établissement de leurs enfants (1). Le législateur, qui sur ce point important devait nécessairement s'expliquer, et choisir entre les deux systèmes, s'est déterminé pour celui des pays coutumiers, par la considération surtout du danger qu'il y aurait eu d'introduire le système de l'action dans les pays qui n'y étaient pas accoutumés (2).

(1) V. Poth., *Communauté*, n° 646.
(2) V. *Portalis*, Discuss. au conseil d'État, séance du 5 vendém. an x (Fenet, tom. ix, pag. 63).

Du reste, la manière dont la loi s'explique en se bornant à refuser l'action donne assez à entendre qu'elle ne considère pas la constitution dotale comme une pure libéralité, et qu'elle reconnaît, à cet égard, une sorte d'obligation naturelle commune au père et à la mère (v. dans ce sens art. 511, 1438, 1439).

287. De leur côté les enfants ne pourraient, sans impiété, refuser les moyens d'existence aux parents de qui ils tiennent la leur. A ce titre ils doivent des aliments, non-seulement à leurs père et mère, mais à tous leurs ascendants. Bien entendu, au reste, que les aliments ne sont jamais dus qu'à ceux qui sont dans le besoin. V. art. 205.

288. L'époux, par son mariage, adopte en quelque sorte les père et mère de son conjoint. De là l'obligation des gendres et belles-filles envers leurs beaux-pères et belles mères. Cette obligation, tant qu'elle dure, est égale à celle des enfants, mais elle cesse dans deux circonstances : 1° à l'égard de la belle-mère par son second mariage; 2° lorsque le lien est rompu par la mort du conjoint qui le produisait, sans qu'il reste d'enfants du mariage. V. art. 206.

288 *bis*. I. L'emploi du mot *gendre* détermine le sens des mots *beaux-pères, belles-mères et belles-filles*, dénominations qui, dans notre langue, sont équivoques. Il est clair qu'il s'agit ici de constituer l'obligation *inter socerum vel socrum et generum vel nurum;* et qu'il n'a pas été dans la pensée de la loi de l'établir *inter vitricum vel novercam et privignum vel privignam*. Il y a cependant alliance du même ordre et du même degré. Mais il est d'expérience que le gendre ou la bru entre bien plus dans la famille de son conjoint que le beau-fils ou la belle-fille dans celle du conjoint de son père ou de sa mère, et que les rapports d'affection sont souvent bien plus intimes; c'est là, sans doute, ce qui a déterminé la différence que nous signalons.

Du reste, sous la dénomination de gendres et belles-filles, je crois qu'on doit comprendre les conjoints des descendants à quelque degré que ce soit. Car on le peut sans forcer le sens des mots, et la matière est favorable.

288 *bis*. II. Le second mariage de la belle-mère fait cesser l'obli-

gation des gendres et belles-filles ; c'est une rigueur dont on ne doit pas s'étonner, parce que le second mariage d'une veuve, déjà d'un certain âge, puisqu'elle a des enfants mariés, peut n'être pas vu de très-bon œil. Il me paraît difficile d'en donner d'autre raison ; contentons-nous de remarquer que la même rigueur n'est pas appliquée au second mariage du beau-père. Elle ne l'est pas non plus, et tout à l'heure j'en dirai la raison, au second mariage de la bru. Il va sans dire, au reste, que le conjoint et les enfants du gendre ou de la belle-fille ne cessent pas d'être tenus, à titre de fils ou fille ou de descendants, envers leur mère ou aïeule remariée. Et de là même il résulte que l'obligation pourrait, en effet, peser encore sur le gendre ou la belle-fille que la loi en déclare affranchis. Car, s'ils ont la jouissance légale des biens de leurs enfants, je ne doute pas que l'acquittement de cette obligation, dans la mesure du revenu, ne fût considérée comme charge de cette jouissance.

288 *bis*. III. Quant à l'autre cause, qui fait également cesser l'obligation du gendre ou de la belle-fille, plusieurs l'expliquent en disant qu'il n'y a plus alors d'alliance, puisque après la mort du conjoint, s'il ne reste pas d'enfants, il n'y a plus personne qui puisse former le lien entre les parents du défunt et l'époux survivant. Tous, cependant, s'accordent à reconnaître que cette circonstance laisserait subsister l'alliance comme cause d'empêchement au mariage. Elle subsisterait également, quoique avec moins d'étendue, comme cause de récusation de juge ou de reproche de témoins (v. C. pr., art. 268, 283, 378-2°). De tout cela je conclus que l'alliance n'est pas détruite en principe par la mort sans enfants du conjoint qui la produisait, que ses effets légaux sont seulement affaiblis, mais qu'ils doivent subsister pour les cas que la loi n'a pas spécialement prévus, notamment quant à la vocation au conseil de famille (v. art. 407).

289. Toute personne qui, en raison de la parenté ou de l'alliance, doit des aliments à une autre, est par cela même en droit d'en obtenir, s'il y a lieu, de celle-ci. Ainsi, nul doute que les ascendants autres que les père et mère n'en doivent à leurs descendants ; ainsi, les beaux-pères et belles-mères, sauf les deux cas ci-dessus, en doivent à leurs gendres et belles-filles. V. art. 207.

289 *bis*. I. C'est dans le principe de réciprocité ici proclamé, et non dans l'article 203, que je trouve la base de l'obligation des ascendants envers leurs descendants tombés dans le besoin après qu'ils sont parvenus à l'âge d'homme. Ce principe de réciprocité se réfère aux dispositions des articles 205 et 206. En combinant donc avec l'article 205 l'article 207, il n'y a aucune difficulté à soumettre les ascendants à cette obligation envers leurs descendants de quelque degré que ce soit.

289. *bis*. II. Cette réciprocité étant la seule base légale de l'obligation des beaux-pères et belles-mères envers leurs gendres et brus, je n'hésite point à en conclure que l'une comme l'autre des causes qui, aux termes de l'article 206, font cesser le droit du beau-père ou de la belle-mère ferait également cesser leur obligation. Cela est incontestable quant à la seconde cause, fondée sinon sur la destruction, au moins sur l'affaiblissement du lien d'affinité ; car il est clair que cet affaiblissement d'un lien essentiellement réciproque doit être réciproque dans ses effets. Mais j'entends que la belle-mère remariée qui, par un motif difficile peut-être à bien définir, perd ainsi son droit aux aliments, est également soustraite à l'obligation d'en fournir.

289 *bis*. III. Du reste la réciprocité consiste uniquement à faire de l'obligation attachée à une qualité la cause d'une créance du mè - genre, et à faire conséquemment cesser la dette quand la créance cesse. Mais il ne s'ensuit pas que le fait qui, de la part d'une des deux personnes, détruirait la cause de l'obligation réciproque doive, s'il se produit chez l'autre personne, amener le même résultat; ainsi le convol de la belle-fille, si toutefois il reste des enfants du premier mariage, n'empêchera pas, comme le convol de la belle-mère, la dette d'aliments d'exister réciproquement entre elle et ses beau-père et belle-mère. Cette différence, au reste, s'expliquera facilement si l'on se pénètre bien de la théorie du législateur, et si l'on s'attache au point de vue divers sous lequel il a considéré, d'une part l'obligation des descendants, et d'autre part l'obligation réciproque des ascendants.

L'obligation des descendants, même par alliance, est celle que la loi a pour but principal de constituer. C'est celle-là en effet qui est d'une application plus fréquente. Quant à l'obligation réciproque des ascendants, elle n'arrive que par voie de conséquence. Cela posé, et sans examiner si le convol de la belle-fille, supposée plus jeune,

mérite ou non plus d'indulgence que celui de la belle-mère, on comprend très-bien que le convol soit pour la belle-mère une cause de déchéance de son droit, amenant, il est vrai, pour conséquence, libération de l'obligation réciproque; mais que le convol de la belle-fille ne soit point pour elle une cause de libération : son obligation dès lors devant continuer à subsister, le droit réciproque continue à exister en sa faveur par voie de conséquence.

290. En déterminant, suivant les règles ci-dessus, les différents titres de parenté ou d'alliance qui obligent à fournir ou donnent droit à obtenir les aliments, la loi a posé une limite qu'il n'est pas permis de franchir; mais, entre les personnes comprises dans cette limite, elle n'a point fixé de rang pour l'application de l'obligation.

Du silence gardé à cet égard par le législateur, et des principes de la matière, on est amené à conclure qu'il n'y a pas en effet d'ordre absolument prescrit, et que tout doit dépendre des circonstances.

290 *bis*. Ma pensée est que la considération de fortune et de position personnelle doit prévaloir, pour faire soumettre déterminément à l'obligation dont il s'agit une ou plusieurs des personnes comprises à des titres divers, par les articles 205 et 207, dans la catégorie générale des débiteurs d'aliments. Mais, toutes choses d'ailleurs égales, j'adopterais de préférence l'ordre suivant :

1° Les descendants seraient tenus avant les ascendants.

Cela semble résulter de l'ordre même des articles de la loi, qui proclame d'abord l'obligation des descendants. Cela se justifie d'ailleurs par cette considération que pour l'enfant l'obligation de fournir des aliments à ses père et mère tombés dans le besoin est une sorte de compensation des secours qu'il a reçus pendant sa minorité. Pour les père et mère, au contraire, les aliments à fournir à l'enfant parvenu à l'âge d'homme sont une charge ajoutée à celle qu'ils ont déjà subie pendant le premier âge.

Cette considération des secours antérieurement donnés ou reçus s'applique, au moins sous certain rapport, entre ascendants et descendants, à quelque degré que ce soit.

Enfin une dernière considération peut se tirer de ce que, en matière de succession, les descendants sont appelés avant les ascendants.

2° Entre parents de la même classe, c'est-à-dire entre plusieurs descendants ou entre plusieurs ascendants, l'obligation se déterminerait par la proximité du degré; cela est conforme aux principes généraux sur la parenté.

Et, toutefois, je ne me préoccuperais pas de l'inégalité de degré entre descendants, si les plus éloignés, par l'effet de la représentation, se trouvaient, comme les plus proches, héritiers présomptifs de l'ascendant à qui sont dus les aliments.

3° Le même ordre devrait être appliqué entre alliés. Quant à l'ordre à observer entre les alliés et les parents, il semble conforme aux principes que le parent soit tenu avant l'allié, si surtout ils sont tous deux de la même classe et du même degré.

291. La créance ou la dette d'aliments, étant attachée aux titres personnels de parenté ou d'alliance qui expirent à la mort, ne semble pas de sa nature transmissible aux héritiers. Toutefois, s'il est certain que la mort du créancier éteint pour l'avenir l'obligation devenue alors sans objet, il ne l'est pas également que la mort du débiteur éteigne l'obligation une fois née dans la personne du défunt, et que sa succession ne soit pas grevée de cette charge, comme elle le serait d'une obligation du même genre qu'il aurait volontairement contractée.

291 *bis*. I. Le droit aux aliments, essentiellement subordonné aux besoins de la personne, expire évidemment par la mort du créancier, sauf peut-être pour les frais funéraires, qu'on doit, je crois, considérer comme compris dans les besoins de la personne. Mais on peut se demander si les prestations alimentaires échues et non acquittées pendant la vie ne continuent pas d'être exigibles après la mort? Ce point même est douteux, car les prestations n'étaient dues qu'en vue du besoin qui n'existe plus; et l'on peut soutenir même que ce besoin n'a pas réellement existé au temps de l'échéance, puisqu'en fait le défunt a vécu sans cela. Toutefois, je n'admettrais pas la rigueur de ce raisonnement si les prestations étaient dues en vertu d'un règlement amiable ou judiciaire; ce règlement, en effet, suffit pour constater l'existence du besoin et en faire présumer la continuation. Il y a donc eu pour le défunt droit acquis, droit qu'il a pu transmettre, droit en vue duquel il a pu se

procurer crédit, et dont la réalisation devra servir à rembourser les avances qui l'ont fait vivre.

En l'absence même de règlement, j'appliquerais la même décision si une demande d'aliments avait été formée par le défunt; et j'accorderais à ses héritiers ou ayant-cause le droit de suivre l'action commencée et de faire condamner le débiteur d'aliments à subvenir aux besoins constatés, et ce à partir du jour de la demande: car la mauvaise volonté de ce débiteur et sa résistance injuste n'ont pas dù le soustraire à la charge que la loi lui imposait. *Secùs* si aucune demande n'avait été formée; car, bien que le principe de l'obligation existe toujours dans la loi, c'est là, selon moi, un droit attaché à la personne, dont l'exercice est entièrement subordonné à la volonté du créancier, et qui doit, dès lors, expirer avec lui. Tout au plus pourrait-on admettre que l'action pourrait ètre intentée après la mort pour les frais funéraires et ceux de dernière maladie.

291 *bis*. II. Quant à la mort du débiteur, il est certain qu'elle ne fera point défaillir le droit aux prestations échues. Mais on peut soutenir qu'en brisant le lien de parenté ou d'alliance elle fait cesser pour l'avenir la cause de l'obligation, et par conséquent l'obligation elle-même, considérée, dans ce système, comme naissant jour par jour entre les personnes à qui la loi en fait l'application. Mais ne vaut-il pas mieux dire que le titre de parenté ou d'alliance, dans les limites ci-dessus déterminées, impose une fois pour toutes l'obligation réciproque de pourvoir, dans l'avenir comme dans le présent, aux besoins tant qu'ils dureront? Or l'obligation ainsi envisagée devient transmissible aux héritiers, dans la personne desquels elle ne pourrait naitre. La loi elle-même semble l'avoir entendu ainsi, quand elle accorde aux enfants incestueux ou adultérins des aliments sur la succession de leurs père et mère (v. art. 762). Cet argument me paraît déterminant: et, toutefois, je n'accorderais l'action contre les héritiers du débiteur d'aliments que sous la condition et dans la mesure du besoin existant au temps du décès.

Voici comment j'arrive à ce résultat: les rapports essentiellement viagers de parenté et d'alliance sont sans contredit la cause de l'obligation, mais la survenance du besoin en est la condition; si cette condition se réalise pendant que la cause subsiste, l'obligation prend naissance et se transmet dans la succession. Mais si la condition ne s'accomplit qu'après que la cause a cessé, l'obligation ne peut

plus naître; et c'est précisément ce qui arrive lorsque le besoin ne survient qu'après la mort qui a détruit les rapports de parenté ou d'alliance.

De là, au reste, je conclus que l'augmentation des besoins, depuis la mort, ne devrait pas augmenter l'obligation des héritiers; mais je leur réserverais, au contraire, le droit de la faire réduire, ou même de s'en faire complétement affranchir, si le besoin venait à diminuer ou à cesser : ce qui ferait défaillir en tout ou en partie l'objet de l'obligation.

292. On comprend sous le nom d'aliments, la nourriture, le logement, le vêtement. Le montant doit se régler d'après les circonstances du besoin d'un côté, et des moyens de l'autre. V. art. 208. Ces circonstances, du reste, pouvant changer, il peut nécessairement changer avec elles. De là la faculté d'obtenir décharge ou réduction. V. art. 209. Il est clair, par la même raison, que le montant pourrait au contraire être élevé s'il y avait lieu.

292 *bis*. I. L'obligation de fournir les aliments est subordonnée à une double condition : d'une part le besoin, d'autre part les moyens. Les moyens, du reste, ne se trouvant dans les biens du débiteur que dettes déduites, il s'ensuit que la créance d'aliments, loin d'être privilégiée, n'existe même pas, à bien dire, tant qu'il reste des créanciers à payer. C'est ainsi que les aliments accordés par l'article 762 aux enfants incestueux ou adultérins, l'étant à titre de succession, ne devraient certainement se calculer et se prendre que sur l'actif net de la succession; la même règle s'appliquerait évidemment toutes les fois qu'il s'agirait d'asseoir sur la fortune du débiteur le montant des prestations alimentaires réclamées aux termes des articles 205-207 contre lui ou contre sa succession. Mais, cette assiette une fois opérée et la prestation fixée, judiciairement ou à l'amiable, la créance, jusqu'à réduction prononcée, sera de la même condition que toute autre; car le règlement qui constate la suffisance des moyens forme un titre valable qui doit produire tout son effet jusqu'à la démonstration d'insuffisance survenue, qui donnerait lieu à nouveau règlement.

Quant aux aliments dus aux enfants pendant leur minorité (art. 203) et au conjoint pendant le mariage (art. 212), le point de

vue est différent et ils entrent, purement et simplement, comme ceux de la personne elle-même, dans le nécessaire de la famille, que les créanciers sont quelquefois obligés de fournir sur l'actif qui forme leur gage (v. C. comm., art. 473).

292 *bis*. II. Les aliments étant dus par chacun des parents ou alliés compris par la loi dans l'obligation, chacun, en principe, les doit en entier s'il en a le moyen; car l'obligation de faire vivre est de sa nature indivisible. Toutefois, les aliments n'étant dus par chacun que dans la mesure du besoin, et le besoin de les obtenir d'une personne se diminuant à raison de la faculté qu'on a d'obtenir d'une autre tout ou partie de son nécessaire, il en résulte que l'obligation de chacun peut être ainsi accidentellement réduite.

Donc, entre plusieurs personnes appelées concurremment par leur qualité à fournir des aliments, il n'y a pas proprement solidarité attribuant au créancier le droit de poursuivre à son choix l'un des débiteurs pour le tout (art. 1203); il n'y a pas non plus simple indivisibilité laissant absolument à l'assigné le droit de faire diviser la condamnation (art. 1225).

Mais il y a pour les juges, s'ils en sont requis, pouvoir de répartir la condamnation entre chacun en proportion de ses moyens, quand même chacun serait en état de les fournir en entier; car il suffit que la masse des contributions respectives satisfasse aux besoins du demandeur.

Et, toutefois, comme ce n'est là qu'un tempérament d'équité, et que chacun en principe doit les aliments en entier s'il est en état de les fournir, je crois que, dans cette hypothèse, les juges, s'ils le croient nécessaire pour assurer le service régulier de la pension alimentaire, pourraient prononcer une condamnation solidaire contre tous ceux qui sont en état de fournir la pension entière. Et qu'on n'oppose pas l'article 1202, car ici c'est, en quelque sorte, le jugement qui forme le titre du créancier contre chaque débiteur; et l'expression de la solidarité dans le dispositif est l'équivalent de la stipulation de solidarité dans un contrat.

293. Les aliments doivent en général être fournis en argent; cependant la loi autorise, dans certains cas, à les offrir en nature dans la maison de celui qui est tenu de les fournir. Cette offre, qui ne doit jamais être accueillie qu'en connais-

sance de cause, ne peut l'être, en général, s'il n'y a impossibilité de payer la pension. Toutefois, la condition d'impossibilité n'est pas exigée quand l'offre émane du père ou de la mère. V. art. 210 et 211.

293 *bis*. I. C'est seulement au cas d'impossibilité de payer que la loi applique, en général, la faculté de remplacer par l'admission à la vie commune le service de la pension alimentaire. C'est en faveur des père et mère seuls qu'elle proclame cette faculté, indépendamment de la circonstance d'impossibilité. Et toutefois il est bon de remarquer que la loi sur l'un ni l'autre point n'est conçue en termes limitatifs. Ce qui laisse quelque latitude aux juges soit pour appliquer sans une justification rigoureuse d'impossibilité la disposition de l'article 210, soit pour appliquer à d'autres qu'aux père et mère celle de l'article 211.

Du reste il faut bien reconnaître, en principe, que sous le nom de père et mère ne sont compris ni les beaux-pères et belles-mères, ni même les aïeuls et aïeules.

293 *bis*. II. Au cas même d'impossibilité, l'offre de l'habitation commune, émanât-elle des père et mère, n'est jamais admise qu'en connaissance de cause. Si donc les circonstances ne permettent pas la vie commune et qu'il y ait impossibilité de payer pension, les juges devront chercher quelque terme moyen. Ils pourraient, par exemple, ordonner que les aliments seront fournis en nature au domicile de la personne dans le besoin.

294. N'omettons pas ici un caractère notable de la créance d'aliments. Cette créance, qui a son principe dans la nécessité, et d'où dépend, à bien dire, la conservation même de la vie, n'est pas, comme les autres biens d'un débiteur, le gage de ses créanciers. Elle est donc en général insaisissable (v. Cod. pr., art. 581, 582), et par conséquent incompensable (C. civ., art. 1293-3°).

294 *bis*. I. L'obligation d'aliments consistant en réalité à tenir à l'abri du besoin la personne qui a droit de les exiger, il paraît naturel d'en conclure que le débiteur éventuel d'aliments ne pourrait lui-même, à un titre quelconque et par l'emploi des voies de droit, réduire à la misère la personne qu'il doit nourrir. Peut-être, en

effet, les juges, qui, en cette matière, ont nécessairement une grande latitude, se croiraient-ils autorisés à modérer les poursuites d'un créancier que la qualité de parent ou d'allié soumettrait à l'obligation d'aliments envers son débiteur. Peut-être iraient-ils jusqu'à soustraire, en pareil cas, à la saisie la jouissance de quelque bien du débiteur, et à lui réserver cette jouissance à titre de provision alimentaire.

Un pareil tempérament, si l'on croit pouvoir l'admettre, rappellerait, jusqu'à un certain point, ce que les interprètes du droit romain appellent bénéfice de *compétence*, bénéfice dont jouissaient, *absolument ou relativement*, certains débiteurs, et qui consistait à n'être pas condamnés au delà de leurs facultés, c'est-à-dire au delà de ce qu'ils pouvaient payer en conservant le nécessaire (v. *Just.*, Inst., §§ 37 et 38 *de act.*; *Paul*, L. 173, ff. *de reg. jur.*).

Du reste, il faut bien reconnaître que la faveur proposée ne reproduirait pas ce bénéfice inconnu dans notre droit. Elle en diffère : 1° en ce qu'elle ne pourrait jamais s'appliquer à la condamnation elle-même pour empêcher de la prononcer *in solidum*; 2° en ce qu'elle n'aurait pas lieu de plein droit, mais pourrait seulement être appliquée en connaissance de cause.

294 *bis*. II. Le bénéfice de compétence n'allait pas, en général, jusqu'à conserver au débiteur de quoi payer ses dettes (v. *Ulp.*, L. 16, ff. *de re. judic.*); et le nécessaire qu'on lui laissait pouvait ainsi lui être enlevé par d'autres créanciers. Ce danger n'existe pas chez nous pour celui qui obtient des aliments, puisque la provision alimentaire est insaisissable. Aussi est-il certain que l'obligation de fournir des aliments n'emporte pas celle de payer les dettes.

Il en serait ainsi quand même les dettes entraîneraient contrainte par corps.

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

295. La nature même et le but de la société conjugale indiquent les devoirs mutuels des époux. Unis entre eux par un lien sacré qui confond en quelque sorte deux personnes en

une, ils se doivent fidélité; unis pour s'aider à supporter le poids de la vie, ils se doivent secours et assistance. V. art. 212.

295 *bis*. I. Le devoir de fidélité est le principe des peines portées contre l'adultère (v. C. pén., art. 336-339), il justifie la loi qui fait de l'adultère une cause de séparation (art. 229 et 230). A ce double point de vue, la loi se montre plus sévère pour l'adultère de la femme que pour celui du mari, non que le devoir mutuel de fidélité doive être moins sacré pour l'un des époux que pour l'autre, mais uniquement à raison du préjudice plus grave causé par l'adultère de la femme, qui peut introduire dans la famille des enfants étrangers.

Le devoir de secours consiste principalement dans l'obligation mutuelle de se fournir des aliments.

Quant au devoir d'assistance, il implique les soins personnels en santé et en maladie, quelle que soit la cause ou la gravité de la maladie, et malgré le danger de la contagion.

295 *bis*. II. Les devoirs de fidélité et d'assistance expirent évidemment à la mort de l'un des époux, mais le devoir de secours au survivant dans le besoin me paraît, pour ce cas d'obligation alimentaire comme pour tous les autres, de nature à s'appliquer à la succession du prédécédé (v. ci-dessus n° 291 *bis*. II). Il est vrai que ce devoir ne survivait pas indistinctement à la dissolution du mariage par divorce (v. art. 301); mais il n'y a rien à induire de là, car le divorce faisait encourir bien d'autres déchéances à l'époux contre lequel il était prononcé (v. art. 299), et le cas de dissolution par décès est bien autrement favorable.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'aucun des trois devoirs ne cesse par la séparation de corps, qui dispense seulement de l'habitation commune.

296. Le bon ordre de cette société exigeant qu'il y ait un chef, la prééminence de l'homme est indiquée par la nature: plus fort que sa compagne, il doit la protéger, ce qu'il ne pourrait faire qu'imparfaitement s'il n'avait droit à son obéissance. V. art. 213.

297. De là naît pour la femme l'obligation d'habiter avec son mari, de le suivre; et pour le mari celle de la recevoir, et de lui fournir le nécessaire.

L'obligation de suivre son mari existe pour la femme, quelque part qu'il plaise à celui-ci de transporter sa résidence. L'obligation de fournir à la femme le nécessaire est naturellement plus ou moins étendue, selon les facultés et l'état de celui-ci. V. art. 214.

297 *bis*. I. L'obligation pour la femme de suivre son mari s'applique au cas même où celui-ci voudrait s'établir en pays étranger. Cette proposition, contraire à la doctrine de Pothier (1), ne résulte pas seulement de la généralité des termes de la loi; elle a été formellement admise par le conseil d'État (2), qui rejeta en conséquence l'exception proposée par la section de législation.

297 *bis*. II. Du reste, l'obligation de suivre le mari a sa réciproque dans l'obligation imposée à celui-ci de pourvoir aux besoins de la femme *selon ses facultés et son état*, ce qui comprend celle de lui procurer une habitation convenable sous ce double rapport. Ce n'est donc qu'à cette condition qu'il peut forcer la femme à le suivre. C. c., rej. 26 janvier 1808 (3) et 9 janv. 1826 (4).

297 *bis*. III. La loi ne s'est pas expliquée sur les moyens qu'aurait le mari de contraindre à le suivre la femme qui refuse d'accomplir son obligation. Nul doute qu'il ne soit fondé à lui refuser les aliments hors du domicile conjugal. Il pourrait aussi certainement, sinon de plein droit, au moins en s'adressant à la justice, être autorisé à saisir les revenus dont la perception appartiendrait à la femme, et la ramener ainsi par le besoin. Quant à l'emploi de la force publique pour la conduire au domicile conjugal, c'est là un moyen violent, peu en harmonie avec les principes de l'union conjugale, et qui le plus souvent, d'ailleurs, serait inefficace, puisqu'il n'empêcherait pas la femme de s'en aller de nouveau. A ces considérations, pour exclure l'emploi de ce moyen, on ajoute que ce serait là une contrainte par corps; or, la contrainte par corps ne peut être appliquée hors les cas prévus par la loi (v. art. 2063).

Toutefois, ces raisons ne me paraissent pas déterminantes pour proscrire absolument et indistinctement l'emploi de ce moyen rigoureux. Sans doute, le mari ne peut y recourir de sa propre autorité

(1) *Traité de la puissance du mari*, n° 1.
(2) Séance du 5 vendémiaire an X (Fenet tom. IX, pag. 73).
(3) J. P., tom. 20, pag. 497.
(4) *Ibid.*, tom. 76, pag. 375.

sans l'intervention de justice. Je vais plus loin, et je dis que le jugement qui ordonne à la femme de réintégrer le domicile ne suffit pas pour le légitimer ; mais je crois que les juges peuvent, en connaissance de cause, l'autoriser par une disposition formelle : car il faut bien qu'il existe quelque moyen d'action pour assurer l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi ; et la mesure en question, qui peut quelquefois être utile, me paraît comprise dans les pouvoirs qu'ont les tribunaux de tracer le mode d'exécution de leurs jugements quand la loi, comme ici, ne l'a pas tracé. C'est d'ailleurs abuser des mots que d'appeler cette mesure contrainte par corps, et l'article 2063 est ici sans application. C. c., rej. 9 août 1826 (1).

298. De là naît encore l'incapacité dont la femme est frappée pour la plupart des actes de la vie civile, auxquels elle ne peut procéder sans autorisation. Cette incapacité, qu'il ne faut pas confondre avec le défaut de pouvoir, suite de la convention qui régit l'association conjugale quant aux biens, existe indépendamment du régime sous lequel la femme est mariée ; mais elle se modifie en faveur du commerce, à l'égard de la femme marchande publique.

298 *bis*. L'incapacité dont est frappée la femme mariée en cette qualité est une suite de la puissance maritale, à laquelle il ne peut aucunement être dérogé par les conventions matrimoniales (art. 6 et 1388). Donc tout acte qui n'est défendu à la femme que sous certains régimes, et qui dès lors ne lui est permis ou interdit qu'en vertu des conventions matrimoniales, ne saurait tomber sous l'empire de l'incapacité dont il s'agit ici. La différence pratique consiste en ce que dans l'incapacité qui procède de l'état de mariage, comme conséquence de la puissance protectrice à laquelle la femme est soumise, l'autorisation du mari peut être suppléée par celle de justice. Mais, quand le défaut de pouvoir résulte de la convention matrimoniale, cela tient à ce que la femme a aliéné en tout ou en partie son droit de propriété en faveur du mari, et l'on conçoit alors que rien de ce qui pourrait nuire au droit de celui-ci ne puisse en principe être fait que par lui ou de son consentement (v. à ce sujet art. 1426 ; voyez pourtant art. 1427).

(1) J. P., tom. 77, pag. 271.

299. Ainsi, sous quelque régime qu'elle soit mariée, et sans excepter même le cas où elle serait marchande publique, la femme ne peut sans autorisation ester en jugement. V. art. 215.

Cette règle ne reçoit d'exception qu'en matière criminelle ou de police, et seulement lorsque la femme est *poursuivie*. V. art. 216. Il ne faut pas, en pareille matière, que l'incapacité de la femme puisse servir à entraver par des formalités le cours de la justice, ni le droit de légitime défense.

299 *bis*. I. Les coutumes exceptaient autrefois de l'incapacité d'ester en jugement la femme séparée de biens; seulement la doctrine restreignait cette exception aux procès concernant son administration (1). Quelques coutumes exceptaient aussi les femmes marchandes publiques pour les actions relatives à leur commerce; mais ce n'était pas le droit commun (2). Aujourd'hui l'incapacité en matière civile est sans exception.

299 *bis*. II. L'incapacité d'ester en jugement s'applique, sauf l'exception pour les matières criminelles ou de police, à la défense comme à l'attaque. De là naît, pour le demandeur qui veut poursuivre au civil une femme mariée, la nécessité d'assigner le mari pour la validité de la procédure. Alors, si le mari comparaît avec la femme, il y a satisfaction à la loi, qui n'exige pas une autorisation formelle (v. ci-dessous n° 300 *bis*. IX). Au cas contraire, la femme sera autorisée par justice (v. art. 218, et ci-dessous n° 301 *bis*. II et III). On sent, du reste, que cette nécessité d'assigner le mari ne peut exister dans les divers cas où celui-ci est incapable de donner l'autorisation (art. 221, 222, 224). Il doit suffire alors au demandeur d'avertir la femme de se faire autoriser en justice, en l'assignant à comparaître *dûment autorisée* (v. au surplus ci-dessous n° 301 *bis*. IV).

299 *bis*. III. La loi excepte de la nécessité de l'autorisation la femme poursuivie en matière criminelle ou de police. On donne vulgairement pour motif de cette exception que la défense est de droit naturel. Mais ce motif ne satisfait pas, si l'on fait attention que c'est dans l'intérêt de la femme que l'assistance du mari est en général

(1) V. Poth., *Puiss. du mari*, n° 61.
(2) *Ibid.*, n° 62.

requise, et que cette assistance pourrait lui être utile pour se bien défendre. La vraie raison, selon moi, c'est que la loi ne doit pas admettre d'intermédiaire entre la société qui poursuit la répression d'une infraction, et l'auteur de l'infraction. C'est ainsi que l'accusé mineur n'est point représenté aux débats par son tuteur ni assisté de son curateur. Cette raison, du reste, ne s'applique qu'à l'action du ministère public. Aussi l'exception ne s'étendrait-elle pas à l'action civile intentée principalement devant les tribunaux civils. *Secùs* si elle est portée accessoirement devant les tribunaux criminels ou de police; car, si la femme est constituée par la loi partie capable pour engager le débat contradictoire sur le fait de l'infraction, la constatation du fait légalement obtenue dans cette forme doit valoir pour toutes les conséquences de ce fait; par conséquent pour la condamnation aux dommages-intérêts comme pour l'application de la peine. Si l'on n'admettait pas cette doctrine, on rendrait impossible, à l'égard des accusés mineurs ou femmes mariées contre lesquels personnellement et exclusivement aura été dirigée l'action publique, la disposition du droit criminel qui autorise la partie civile à former sa demande jusqu'au jugement, et par conséquent dans le cours des débats (v. C. instr. crim., art. 67, 359).

300. L'incapacité existe également pour contracter, mais seulement *dans les cas exprimés par la loi* (art. 1124). La loi la prononce, toujours indépendamment du régime de l'association, pour les donations, aliénations, hypothèques, acquisitions à titre gratuit ou onéreux. Du reste, notre législateur, ennemi de toute subtilité, n'exige pas, comme autrefois, pour habiliter la femme, une *autorisation formelle;* ce qu'il faut, c'est le consentement du mari. Ce consentement peut résulter de son concours dans l'acte; autrement, il ne peut s'induire des circonstances, et doit être prouvé par écrit. V. art. 217; v. pourtant art. 1449.

300 *bis*. I. La loi procède ici par voie d'énumération, et il est bien à remarquer qu'elle ne prononce pas en termes formels l'incapacité de *contracter,* quoiqu'elle paraisse la supposer dans les articles suivants (v. art. 221, 222, 224). Cette incapacité est bien proclamée au titre *Des Contrats* (art. 1124), mais non d'une manière générale, puisque le texte ajoute : *dans les cas exprimés par la loi;*

ce qui renvoie virtuellement à notre article 227. Du reste, tout contrat tendant directement ou indirectement à l'aliénation ou à l'acquisition, il faut dire que l'incapacité de contracter est virtuellement comprise dans les termes de notre article. Et néanmoins, il faut excepter de la prohibition générale les actes d'administration; car la puissance maritale ne frappe pas la femme de l'incapacité d'administrer : la preuve en est dans la légalité du régime de séparation de biens, que la convention matrimoniale elle-même n'aurait pas le pouvoir d'établir, si ce régime dérogeait à la puissance maritale (v. ci-dessus n° 298 *bis*).

300 *bis*. II. La femme étant donc capable d'administrer, quand sa convention matrimoniale ne lui en ôte pas le pouvoir, j'en conclus, sans difficulté, que pour les obligations qu'elle contracte alors par des actes d'administration elle est tenue sur tous ses biens (art. 2092).

300 *bis*. III. Mais la capacité de la femme mariée étant bornée aux actes d'administration, j'en conclus que les obligations qu'elle contracte pour toute autre cause sont nulles, et dès lors ne peuvent s'exécuter sur les biens mêmes dont la loi lui laisse la libre disposition. Ainsi la femme séparée de biens ne serait pas tenue sur son mobilier ou sur ses revenus des obligations qu'elle contracterait par voie d'emprunt; car un emprunt n'est pas, en général, un acte d'administration. Et qu'on ne dise pas que, pouvant alors aliéner son mobilier (art. 1449), elle peut, par cela même, l'engager en contractant une obligation quelconque; car le pouvoir d'aliéner le mobilier n'étant conféré à la femme, par l'article 1449, que comme conséquence de la capacité d'administrer, ce pouvoir ne doit concerner que l'aliénation directe, qui peut, en effet, passer pour moyen d'administration, tandis que ce point de vue n'est pas applicable à l'aliénation indirecte résultant des obligations. Cette doctrine, combattue d'abord par l'autorité de la cour de cassation (1), a été constamment maintenue par les cours de Rouen et de Paris, et la cour de cassation paraît en définitive s'y être rangée (2).

300 *bis*. IV. Il y a pour la femme mariée incapacité spéciale de

(1) V. C. c., rej. 16 mars 1813 (J. P., tom. 39, pag. 49); C. c., cass. 18 mai 1819 (*ibid.*, tom. 56, pag. 126).

(2) V. Rouen, 12 juillet 1817, cassé par l'arrêt ci-dessus du 18 mai 1819, qui renvoie à Paris; Paris, 7 août 1820 (J. P., tom. 58, p. 172); Paris, 1er juin 1824 (*ibid.*, tom. 70, p. 63); Rouen, 18 nov. 1825 (*ibid.*, tom. 75, pag. 269); pourv. rej. C. c. 12 février 1828 (*ibid.*, tom. 81, pag. 117).

donner entre vifs (art. 217, 905). Ainsi la femme séparée, quoiqu'elle puisse aliéner son mobilier, ne pourrait le donner.

300 *bis*. V. L'incapacité qui résulte des prohibitions combinées de l'article 217 s'applique naturellement aux obligations qui naissent des quasi-contrats, mais avec une distinction. Ainsi la femme ne peut, par son fait, former un quasi-contrat qui l'oblige, *v. gr.*, en gérant sans mandat les affaires d'autrui (v. art. 1372, 1373, 1374); mais elle peut, comme tout autre incapable, être obligée par le fait d'autrui, *v. gr.*, si un tiers a géré ses affaires, elle sera tenue envers le gérant (v. art. 1375).

Pareillement l'incapacité de la femme ne pourra jamais, ni la soustraire à l'application du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui (v. art. 1241, 1312), ni l'affranchir de l'obligation de réparer le tort causé par son dol ou sa faute (art. 1382; v. à ce sujet art. 1310). Ainsi elle peut s'obliger par délit ou quasi-délit.

300 *bis*. VI. Les auteurs exceptaient autrefois de la nécessité d'autorisation l'obligation contractée par la femme pour tirer le mari de prison (1). Mais cette exception n'est pas consacrée par le Code; et la loi, qui prévoit ce cas, au titre *Du Contrat de Mariage*, exige alors l'autorisation de justice (art. 1427). Entendons, au reste, que l'autorisation de justice n'est nécessaire qu'à défaut de celle du mari (C. c., rej. 8 nov. 1814 (2); v. ci-dessous n° X).

300 *bis*. VII. Le consentement du mari, substitué avec raison par la loi à l'autorisation formelle exigée dans l'ancien droit, doit être *par écrit;* c'est-à-dire que l'écriture est exigée pour la preuve, et la conséquence est qu'on ne pourrait le prouver par témoins ou par présomptions. Mais l'esprit de la loi ne permet pas de considérer l'écriture comme condition de la validité du consentement. Et je n'hésite pas à dire que le consentement non prouvé par écrit pourrait l'être utilement par l'aveu de la partie ou la délation du serment.

300 *bis*. VIII. Le consentement du mari doit concourir avec celui de la femme; ce qui ne veut pas dire qu'il devra être exprimé en même temps; car le consentement, une fois exprimé, est censé persévérer tant qu'il n'est pas révoqué. Aussi tous conviennent que l'expression du consentement du mari pourrait précéder l'acte de la

(1) Poth., *Puissance du mari*, nos 36-39.
(2) J. P., tom. 12, pag. 254.

femme. Par la même raison, je pense, contre l'opinion commune (1), que le consentement du mari peut être donné après coup, pourvu que la femme persévère encore dans le sien, ce qu'elle est toujours censée faire tant qu'elle n'attaque pas son acte. On le décidait ainsi autrefois : seulement, parce que la femme non autorisée était considérée comme entièrement inhabile à contracter, l'autorisation postérieure du mari ne validait l'acte que *ut ex nunc* (2). Mais aujourd'hui que l'acte de la femme non autorisée (ou plutôt non assistée) est seulement rescindable (v. art. 225, 1124, 1125), j'en conclus que le consentement du mari intervenu avant que la femme ait révoqué le sien valide l'acte *ut ex tunc*.

300 *bis*. IX. La règle ancienne qui exigeait dans les actes extra-judiciaires une autorisation en termes formels ne s'appliquait pas aux actes judiciaires. Il suffisait que le mari fût en cause avec la femme. D'autre part, Pothier enseigne que cette présence du mari dans l'instance n'aurait pas pu être suppléée par une autorisation préalable de plaider qu'il lui aurait donnée (3). Notre Code exigeant seulement l'autorisation (art. 215), je n'hésite pas aujourd'hui à considérer l'autorisation préalable comme suffisante. Du reste, il est bien évident que l'autorisation exigée n'est ici qu'un consentement; car ce n'est pas pour l'introduire dans les actes judiciaires que la loi a rejeté la subtilité de l'ancien droit qui exigeait l'autorisation formelle dans les actes extra-judiciaires. Concluons que l'autorisation requise pour ester en jugement est aujourd'hui de la même nature que l'autorisation pour contracter.

300 *bis*. X. L'incapacité de la femme mariée n'ayant son principe que dans le respect dû à la puissance maritale, et cette puissance ne recevant aucun échec toutes les fois que le mari consent à l'acte de sa femme, il s'ensuit que le consentement du mari suffit pour habiliter la femme même dans les affaires où celui-ci est personnellement intéressé. Ainsi la maxime *Nemo potest auctor esse in rem suam* n'a pas ici d'application. Autrement la loi eût dû, en prévoyance du cas qui nous occupe, soumettre la femme à demander

(1) Mon sentiment est conforme à celui de Delvincourt, tom. 1, pag. 79, n. 11. V. au contraire Toullier, tom. 2, n° 648 ; Merlin, Répert., v° *Autorisation maritale*, sect. 6, § 3, n° 2 ; M. Duranton, tom. 2, n° 518 ; arrêt c. de Rouen 18 nov. 1825 (J. P., tom. 75, pag. 269) ; pourvoi rej. 12 février 1828 (*ibid.*, tom. 81, pag. 417).

(2) V. Pothier, *Puissance du mari*, n° 74.

(3) Pothier, *ibid.*, n° 75.

l'autorisation de justice. Or, nous voyons qu'elle n'applique la nécessité de cette autorisation qu'au cas de refus ou d'incapacité du mari (art. 218, 219, 221, 222, 224).

300 *bis*. XI. De là tous concluent que le mari peut valablement autoriser la femme à contracter avec un tiers, dans l'intérêt de lui mari; c'est, au surplus, ce que suppose l'article 1431. C. c., cass. 13 octobre 1812 (1).

Mais je vais plus loin, et je crois, avec Delvincourt (2), que la même règle doit s'appliquer aux contrats passés entre le mari et la femme (3). Telle était, en dernière analyse, l'ancienne doctrine, à en juger par ce que dit Pothier (4); car, si son sentiment diffère de celui de Ricard et de Lebrun, c'est uniquement sur la question de savoir si, en pareil cas, l'autorisation formelle du mari était alors ou non nécessaire, question qui ne peut plus aujourd'hui se présenter. Mais ni Pothier, ni Lebrun, ni Ricard n'exigeaient alors l'autorisation de justice pour habiliter la femme.

Quant au danger auquel cette doctrine pourrait exposer la faiblesse de la femme, il n'est pas plus grand ici que dans les obligations qu'elle contracte envers les tiers dans l'intérêt du mari. La loi d'ailleurs pourvoit, jusqu'à un certain point, à ce danger par les restrictions spéciales qu'elle apporte à la liberté de contracter entre époux (v. art. 1096, 1595, 2144, 2145). Enfin, et dans tous les cas, le devoir de protection dont le mari est tenu envers la femme me paraît une raison suffisante pour lui faire, suivant les circonstances, imputer à faute l'autorisation qu'il lui aurait donnée de s'obliger envers lui, et pour le faire en conséquence déclarer non recevable à profiter de cette obligation. Et dès lors je ne vois plus de danger réel à valider en principe un contrat non prohibé par la loi, et qui est dans les termes de l'article 217, par cela seul que le mari y a concouru.

300 *bis*. XII. Pour être conséquent, il faut décider que la femme peut sans autorisation défendre à une action intentée contre elle par son mari; car celui-ci consent à la défense par cela même qu'il attaque. La question, il est vrai, semble préjugée en sens contraire

(1) J. P., tom. 36, p. 52. V. aussi Delv., tom. 1, pag. 79, n. 11; M. Duranton, tom. 2, n° 471.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Vide contr.* M. Duranton, n° 473, et l'arrêt qu'il cite C. c., rej. 14 fév. 1810

(4) V. Poth., *Puissance du mari*, n° 42.

par l'article 878 du Code de procédure, qui fait autoriser la femme par le juge pour la procédure en séparation de corps, sans distinguer si elle est demanderesse ou défenderesse. Mais ce n'est là qu'une faible induction qui ne peut prévaloir sur les principes (1).

301. L'autorisation du mari pouvant être refusée sans cause légitime, la loi permet d'y suppléer par celle de justice, soit pour ester en jugement, soit pour passer un acte. V. art. 218, 219; et remarquez que l'un comme l'autre article suppose le cas de refus du mari. Du reste, le premier ne s'explique ni sur le mode légal de constater le refus, ni sur la forme à suivre pour obtenir l'autorisation d'*ester en jugement*, soit en demandant, soit en défendant, ni même sur la compétence du tribunal qui peut accorder l'autorisation.

Quant au second, sans s'expliquer non plus sur la nécessité de constater préalablement le refus, il règle la forme à suivre pour obtenir l'autorisation de *passer un acte.* Cette forme consiste dans une citation directe devant le tribunal ordinaire du domicile, et dans l'obligation d'appeler le mari pour être entendu dans la chambre du conseil.

Mais, par une disposition postérieure, le Code de procédure, réglant la forme à suivre par la femme qui veut se faire autoriser *à la poursuite de ses droits*, et sans avoir besoin de s'expliquer sur la compétence, qui de droit commun appartient au tribunal du domicile (v. C. pr., art. 50), prescrit une sommation préalable pour constater le refus, et la nécessité pour la femme d'obtenir sur requête la permission de citer le mari à la chambre du conseil; après quoi le tribunal statue, sur les conclusions du ministère public (v. C. pr., art. 861, 862).

Il y a lieu de croire que cette dernière marche, évidemment inapplicable quand il s'agira de défendre à une action dirigée contre la femme, devra au contraire être suivie non-seulement quand il s'agira pour la femme d'intenter une action ou de poursuivre une exécution judiciaire, mais aussi quand il

(1) V. à ce sujet M. Duranton, qui est de mon avis (tom. 2, nº 167).

s'agira de passer un acte. Sous ce rapport, l'article 861 du Code de procédure doit être considéré comme dérogeant à l'article 219 du Code civil.

Quant à l'autorisation pour défendre, quand le mari dûment assigné ne la donnera pas, elle devra être donnée *pour la forme* par le tribunal saisi de l'action.

301 *bis*. I. A s'attacher strictement aux termes de la loi, on pourrait considérer les articles 861 et 862 du Code de procédure comme régissant uniquement le cas où la femme veut former une demande en justice ou procéder à une exécution. Dans ce système, l'article 219 du Code civil continuerait à régler la forme à suivre pour obtenir l'autorisation de contracter. Mais, comme il paraît impossible d'expliquer par une bonne raison la diversité de formes qui subsisterait entre les deux cas, j'aime mieux comprendre dans les termes assez généraux de l'article 861 du Code de procédure le cas prévu par l'article 219 du Code civil et reconnaître une dérogation.

301 *bis*. II. Mais ni le Code civil ni le Code de procédure ne règlent le mode à suivre pour obtenir l'autorisation d'ester en jugement comme défenderesse, autorisation qui, on le sent bien, est de pure forme, puisqu'il serait inique de priver la femme du droit de se défendre seule, quand son mari, dûment assigné, refuse de procéder avec elle. Un seul point alors est à vérifier, c'est que le mari a été valablement assigné. Cette vérification appartient naturellement au juge compétemment saisi de l'affaire (fût-ce un juge de paix ou un juge de commerce); et c'est lui qui, conséquemment, donne l'autorisation, s'il en est requis, soit par le demandeur (1) intéressé à procéder valablement, soit par la femme défenderesse qui veut procéder régulièrement. Cette marche, qui satisfait pleinement aux termes de l'article 218 du Code civil, est conforme au principe qui attribue au juge de la contestation principale la connaissance des incidents auxquels elle peut donner lieu. V. au surplus C. c., cass. 17 août 1813 (2).

301 *bis*. III. Cette autorisation de pure forme n'ayant, à bien dire, aucune utilité, on peut même se demander si elle est nécessaire pour la régularité de la procédure; et, si le jugement de défaut profit

(1) Pothier, en prévoyance de ce cas, dit que la partie (c'est-à-dire le demandeur) peut demander que la femme soit autorisée par le juge (*Puiss. du mari*, n° 59).
(2) J. P., tom. 38, pag. 179.

joint contre le mari assigné qui ne comparaît pas avec la femme (C. pr., 153), ou le jugement qui donnerait acte au mari comparant de ce qu'il refuse d'autoriser la femme, et le mettrait sur sa demande hors d'instance, ne serait pas réputé contenir virtuellement autorisation pour la femme de défendre seule. On ne voit pas, en effet, pourquoi l'autorisation de justice ne pourrait pas, comme celle du mari, être tacite.

Bien entendu, au reste, que le jugement à intervenir ne passera toujours en force de chose jugée qu'autant qu'il aura été dûment signifié au mari et à la femme.

301 *bis*. IV. L'autorisation de justice est aussi requise dans les divers cas d'incapacité du mari (art. 221, 222, 224). Le mode pour l'obtenir est réglé par les articles 863 et 864 du Code de procédure, qui régissent le cas d'interdiction ou d'absence, et peuvent servir à régler par analogie les cas de minorité ou de condamnation. L'application est sans difficulté s'il s'agit pour la femme de contracter ou d'ester en jugement comme demanderesse. Mais, s'il s'agit de la poursuivre, cas non prévu par la loi, il y a quelque difficulté; car on ne peut suivre ici la marche qui amène naturellement l'autorisation de justice pour le cas de refus du mari. A cet égard, je crois, comme je l'ai déjà dit (n° 299 *bis*. II), que le demandeur doit assigner la femme seule, mais l'assigner à comparaître *dûment autorisée*. Elle peut alors, dans les délais de l'ajournement, se pourvoir de l'autorisation dans la forme tracée par les articles 863 et 864 du Code de procédure. Si elle ne le fait pas et comparaît sans être munie d'autorisation, le demandeur doit, s'il veut procéder régulièrement, lui faire refuser audience jusqu'à ce qu'elle soit pourvue de l'autorisation, qui pourra alors être donnée par le tribunal saisi de l'affaire; après quoi la signification du jugement se fera régulièrement à la femme seule.

301 *bis*. V. Il reste à prévoir le cas de défaut soit par le mari et la femme conjointement assignés, soit par la femme de l'incapable dûment interpellée de se faire autoriser. Au premier cas, le jugement sera prononcé dans la forme ordinaire contre les deux époux, et devra leur être signifié à tous deux; au second cas, le jugement ne sera prononcé que sur les conclusions du ministère public (C. pr., art. 83-6°); il sera ensuite signifié à la femme seule, et cette signification aura les effets de droit.

302. La célérité nécessaire aux opérations commerciales a dû faire dispenser de l'autorisation la femme marchande publique. Bien entendu que la dispense, comme le motif qui l'a fait établir, se borne aux actes relatifs à son négoce. Bien entendu aussi que cet état, qui, sous certain rapport, soustrait la femme à la puissance maritale, ne peut être embrassé par elle sans le consentement de son mari (C. comm., art. 4). C'est en raison de ce consentement que la communauté, qui d'ailleurs doit profiter des résultats, est tenue des engagements contractés par la femme; c'est ce qu'on exprime en disant que la femme commune oblige son mari (v. art. 1409-2°, 1426). Remarquons, au reste, que la femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait un commerce séparé. V. art. 220, et C. comm., art. 4 et 5; v. aussi C. comm., art. 7.

302 *bis*. I. La condition de validité des actes de la femme marchande publique, c'est que ces actes soient relatifs à son négoce. Cette condition, exprimée dans la disposition générale des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, doit naturellement se sous-entendre dans l'article 7 du Code de commerce, touchant l'engagement, l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles.

La validité de ces actes étant une exception à la règle générale d'incapacité des femmes mariées, c'est à la partie qui invoque cette exception à prouver l'existence du cas exceptionnel, et par conséquent à prouver que l'acte est relatif au négoce.

Toutefois, la présomption légale applicable à tout commerçant dispensera de fournir cette preuve quand l'obligation résultera d'un billet souscrit sans énonciation de cause (v. C. comm., art. 638). Mais, dans tous les autres cas, la cause commerciale devra être prouvée.

Du reste, l'énonciation de la cause dans l'acte fera preuve suffisante, sans que le bailleur de fonds soit obligé d'en suivre et d'en faire apparaître l'emploi. A défaut d'énonciation de cause, la *commercialité* de l'obligation pourrait, je crois, s'induire des circonstances.

302 *bis*. II. La disposition qui défend à la femme d'être marchande publique sans le consentement du mari n'est pas l'application directe et pure et simple de la règle contenue en l'article 217.

Ainsi, ni la forme prescrite par cet article, ni la faculté de remplacer dans les cas déterminés l'autorisation maritale par celle de la justice, ne sont ici de plein droit applicables.

Cela posé, je pense que le consentement du mari peut non-seulement n'être pas par écrit, mais n'être pas formel. Ainsi, je crois que ce consentement pourrait, suivant les cas, résulter de ce que la femme fait le commerce au vu et su de son mari (1). Il paraît que telle était l'ancienne doctrine (2). Et d'ailleurs, si la loi avait voulu exiger un consentement formel, on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas appliqué à ce consentement les conditions qu'elle prescrit pour l'autorisation du mineur (v. C. comm., art. 2).

302 *bis*. III. La femme, du reste, ne pouvant *être* marchande publique sans ce consentement, j'en conclus qu'elle cesserait de l'être si le consentement lui était retiré, sauf pourtant l'égard qu'on pourrait avoir à la bonne foi des tiers pour le maintien des engagements contractés depuis le retrait du consentement (arg. de l'art. 2009).

302 *bis*. IV. La preuve que le consentement du mari ne pourrait ici se suppléer par l'autorisation de justice se tirerait, au besoin, du pouvoir accordé par la loi à la femme marchande publique d'engager la communauté; car il est de principe que l'autorisation de justice ne suffit pas pour conférer ce pouvoir (v. art. 1426).

302 *bis*. V. Toutefois, il ne faut peut-être pas conclure absolument du principe consacré par l'article 4 du Code de commerce que, dans aucun cas, la femme ne puisse se passer du consentement du mari. Il semblerait raisonnable de distinguer à cet égard le cas où le mari refuse et celui où il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il serait, en effet, bien rigoureux que l'absence ou l'interdiction du mari rendît impossible à la femme l'exercice d'une profession, peut-être nécessaire à sa subsistance et à celle de sa famille. Je crois donc qu'en pareil cas les juges n'excéderaient pas leur pouvoir en autorisant la femme, en grande connaissance de cause, et que cette autorisation suppléerait au consentement du mari, même à l'effet d'engager la communauté (arg. de l'art. 1427).

Peut-être devrait-on aussi admettre l'autorisation de justice pour le cas de minorité du mari; car je ne pense pas que le consentement

(1) V. dans ce sens Delv., tom. 1, pag. 80, note 4, et C. c., rejet 14 nov. 1820 (J. P., tom. 61, pag. 185).

(2) V. Poth., *Puissance du mari*, nº 22.

pût être valablement donné par le mari mineur (v. art. 224). Mais, l'obstacle n'étant que temporaire, il conviendra mieux, en général, d'attendre alors la majorité. Si pourtant l'urgence devait quelquefois déterminer la justice à donner l'autorisation, j'ai peine à croire que cette autorisation pût suffire pour donner aux actes de commerce de la femme l'effet d'obliger le mari. Du moins faudrait-il, selon moi, pour cela, qu'à l'autorisation de justice se joignît le consentement du mari mineur, dûment autorisé lui-même comme il aurait besoin de l'être s'il voulait faire personnellement des actes de commerce (v. C. comm., art. 2 et 3).

302 *bis*. VI. La femme commune oblige son mari, c'est-à-dire qu'elle oblige la communauté qui se personnifie en lui; et il en est ainsi, parce que c'est à la communauté que le commerce doit exclusivement profiter.

La loi, comme on voit, applique au seul cas de communauté l'obligation du mari par l'effet des actes de la femme marchande publique. Toutefois, il n'en résulte pas nécessairement que ce cas soit effectivement le seul où le mari puisse être obligé par la force des principes. Évidemment il devra toujours l'être si c'est à lui que profitent les opérations du commerce que la femme fait de son consentement, mais il ne devra l'être que dans cette supposition.

Cela posé, il faut décider sans difficulté que le mari, en principe, ne sera nullement tenu s'il y a séparation de biens ou si la femme mariée sous le régime dotal a des paraphernaux. Mais, si tous les biens de la femme sont dotaux, soit que, mariée sous le régime dotal, elle se soit constitué en dot tous ses biens présents et à venir, soit que le même résultat se produise par l'effet d'une clause de simple exclusion de communauté, alors il y a plus de difficulté.

Pour prendre à cet égard un parti définitif, il faudrait d'abord être fixé sur le sort et l'attribution des acquêts provenant du travail et de l'industrie séparés de la femme. Cette question sera examinée au titre *Du Contrat de mariage*. Disons pourtant dès à présent que ces acquêts, selon moi, si l'origine en est bien justifiée, doivent demeurer propres à la femme, et qu'elle seule conséquemment doit supporter en définitive les dettes qu'elle a contractées pour se les procurer. Mais, comme les bénéfices journaliers que la femme tire de son industrie personnelle ont nécessairement pour première destination l'emploi dans les dépenses du ménage qui pèsent en entier

sur le mari, c'est à lui naturellement que doivent s'appliquer les charges qui compensent et diminuent ces bénéfices. Et, parce que les tiers qui traitent avec la femme marchande publique ne peuvent deviner si les bénéfices résultant des opérations commerciales seront absorbés ou non dans les dépenses du ménage, qui concernent le mari, je crois que le mari sera toujours tenu envers eux, sauf son recours contre la femme si, par événement, il est prouvé qu'elle a réalisé un bénéfice, sur lequel alors il y aurait lieu de distraire les avances faites par le mari pour procurer ce bénéfice. On voit que, d'après cette doctrine, on devrait, en général, appliquer aux actes de la femme non commune l'effet d'obliger le mari, quoique cet effet ne soit proclamé ici que pour les actes de la femme commune.

302 *bis*. VII. La femme marchande publique s'oblige même par corps : c'est la règle commune à tous les engagements commerciaux (v. L. 17 avril 1832 (1), art. 1 et 2). On tenait autrefois que la contrainte par corps s'appliquait même au mari ainsi engagé par le fait de sa femme (2). Delvincourt admet cette doctrine en considérant le mari comme associé en nom collectif de la femme (3). Peut-être, cependant, est-il plus vrai de dire que la communauté représentée ici par le mari n'est tenue que *de in rem verso*, et que son engagement, n'étant point dès lors commercial, n'entraîne pas contrainte par corps (4). *Odia restringenda.*

302 *bis*. VIII. La femme qui détaille seulement les marchandises du commerce de son mari n'est que simple factrice. Au reste, il est évident qu'à ce titre elle oblige son mari par ses actes sans autorisation spéciale, mais elle ne s'oblige pas elle-même. Il importe donc aux tiers, lorsqu'ils contractent avec une femme qui, en apparence, fait le commerce, mais qui peut, en réalité, n'être que factrice, de bien s'assurer de sa condition ; car, si elle n'était pas vraiment marchande publique, l'engagement, même personnel, qu'elle aurait pris sans une autorisation spéciale du mari ne la lierait pas : le mari seul serait obligé.

Du reste, quand la maison de commerce sera sous le nom de la femme, quelques arrangements qu'elle ait d'ailleurs avec son mari,

(1) IX, part. 1 ; B, 73, n° 158.
(2) V. Poth., *Puissance maritale*, n° 22.
(3) V. Delv., pag. 80, n. 6 *in fin.*
(4) V. dans ce sens Toullier, tom. 2, n° 637; M. Duranton, tom. 2, n° 482.

je crois que les tiers seront toujours autorisés à la considérer comme marchande publique, et qu'elle sera tenue comme telle.

303. Le mari peut, par diverses causes, être hors d'état d'autoriser sa femme. Mais comme la puissance maritale dure toujours, tant que le mariage n'est point dissous, la femme n'est pas pour cela relevée de son incapacité; elle doit alors avoir recours à l'autorisation de justice.

304. Cela s'applique naturellement au cas où le mari, condamné à une peine afflictive, est par là même frappé d'interdiction légale (v. C. pén., art. 29). Mais il est à remarquer que les termes de la loi embrassent aussi le cas de condamnation à une peine simplement infamante, quoique l'effet des peines de ce genre soit d'entraîner seulement la dégradation civique, et quoique au nombre des droits civils et de famille, retranchés par cette peine principale ou accessoire, ne soit point compris l'exercice de la puissance maritale (v. C. pén., art. 28 et 34).

Il est d'ailleurs formellement expliqué que l'incapacité dont il s'agit résulterait d'une condamnation, même par contumace (v. à ce sujet C. pén., art. 28), et qu'elle est bornée à la durée de la peine.

Au reste, la nature de l'obstacle qui s'oppose ici au concours légal du mari à l'acte de sa femme ne permettait pas évidemment d'appliquer la règle qui, au cas de refus, prescrit de l'entendre ou de l'appeler avant d'accorder l'autorisation judiciaire. V. art. 221.

304 *bis*. I. Il peut paraître extraordinaire que la loi fasse résulter de la condamnation du mari à une peine simplement infamante, qui n'entraîne point d'interdiction générale, l'incapacité d'autoriser la femme. L'observation en fut faite par le Tribunat, qui proposa en conséquence le retranchement des mots *ou infamante* (1); mais il ne fut pas fait droit à cette observation.

304 *bis*. II. L'incapacité n'étant établie que pour la durée de la peine, on en conclut naturellement qu'à l'expiration de la peine

(1) V. observ. du Tribunat sur l'article 57 de la rédaction communiquée (Fenet, tom. 9, pag. 126).

afflictive ou infamante, prononcée pour un certain temps, l'incapacité cesse. Et toutefois, comme la dégradation civique, suite nécessaire de la condamnation à une peine de ce genre (C. pén., art. 28), est elle-même une peine infamante, dont la durée est indéfinie (C. pén., art. 8 et 34), on peut dire que l'incapacité attachée par le Code civil à toute peine infamante l'est par là même à celle-là, sans distinguer si elle est principale ou accessoire. Et parce que la dégradation civique, principale ou accessoire, ne cesse que par la réhabilitation (v. C. instr. crim., art. 619 et 633), on arrive ainsi à prétendre que l'incapacité dont il s'agit doit, comme tous les effets de la dégradation civique, durer jusqu'à la réhabilitation. Mais c'est là, il me semble, faire violence aux termes de l'article 221, qui, en bornant l'incapacité à la durée de la peine, a certainement voulu établir une limitation de temps, qui deviendrait sans objet par la durée indéfinie de la dégradation civique, suite de toute condamnation à une peine afflictive ou infamante. On peut d'autant moins s'attacher à cette idée, que l'incapacité dont il s'agit n'est pas au nombre de celles que la loi pénale attache à la dégradation civique. Je crois donc, en définitive, que la disposition de notre article doit se borner à la durée de la peine principale.

304 *bis*. III. Mais, pour être conséquent, il faut peut-être dire que l'effet refusé à la dégradation civique accessoire le serait également à la dégradation civique principale, ou du moins qu'il ne s'y appliquerait que tout et autant que cette peine aurait été, aux termes de l'article 35 du Code pénal, accompagnée d'emprisonnement, et pendant la durée seulement de cet emprisonnement. Pour le décider ainsi, on se fonderait 1° sur ce qu'en l'absence de cette circonstance la dégradation civique n'a point le caractère de peine temporaire supposé par les termes de l'article 220, et nécessaire pour son application ; 2° sur ce que les effets de la dégradation civique sont limitativement déterminés par le Code pénal (art. 34), et que parmi les effets énumérés, n'est pas comprise la déchéance du pouvoir d'autoriser.

La loi, du reste, s'appliquera sans difficulté à la peine du bannissement, qui se prononce toujours pour un certain temps (C. p., art. 32) ; elle s'appliquera également à toute peine afflictive ou infamante, y compris la dégradation civique principale, si la condamnation est par contumace.

305. La nécessité de recourir à l'autorisation de justice s'applique encore au cas d'interdiction ou d'absence du mari. V. art. 222, et C. pr., 863, 864.

305 *bis.* L'article 863 du Code de procédure applique formellement au cas de présomption d'absence, comme à celui d'absence déclarée, la règle établie pour le cas d'absence par l'article 222 du Code civil. Il est clair que cette règle ne comprend point en général le cas de simple non-présence. Et, toutefois, s'il y avait urgence, *puta* s'il s'agissait d'interrompre une prescription prête à s'accomplir, et que l'éloignement du mari à une grande distance ne permît pas d'obtenir en temps utile son consentement, je crois que les juges pourraient autoriser; car l'esprit évident du législateur est d'accorder à la justice le pouvoir d'autoriser, toutes les fois qu'il y a *impossibilité* d'obtenir le consentement du mari.

306. L'autorisation spéciale pour les actes que la loi détermine étant l'exercice de la puissance maritale, à laquelle le mari ne peut renoncer, elle ne saurait être suppléée par une autorisation générale donnée à l'avance, même par contrat de mariage; une semblable autorisation ne serait valable que pour les actes d'administration. V. art. 223.

306 *bis.* I. La disposition de l'article 223 n'est pas une simple règle d'interprétation de volonté, comme celle de l'article 1988, qui limite aux actes d'administration *le mandat conçu en termes généraux,* en exigeant seulement pour les autres actes un mandat *exprès.* Ici, au contraire, l'autorisation générale, fût-elle expresse, serait insuffisante pour habiliter la femme soit à ester en jugement, soit à faire tous autres actes que ceux d'administration (v. art. 1538, al. dern.). Ce qu'il faut, évidemment, c'est un consentement *spécial* du mari à l'affaire en question, consentement donné en vue des circonstances qui en constituent l'utilité et des conditions auxquelles elle doit se conclure. Ainsi, je ne verrais pas une autorisation spéciale dans l'autorisation d'aliéner tel immeuble déterminé, si le mode et les conditions de l'aliénation étaient laissés à la discrétion de la femme. Cette doctrine, du reste, n'exclut pas la faculté d'autoriser à l'avance, pourvu que ce soit spécialement, c'est-à-dire avec indication du mode et des conditions à observer. Cela n'exclut pas davantage la

faculté de cumuler dans un même écrit plusieurs autorisations spéciales.

306 *bis*. II. La loi fait une seule exception à son principe sur la spécialité de l'autorisation, dans la capacité qu'elle confère à la femme marchande publique en vertu du consentement du mari (v. ci-dessus nº 302).

306 *bis*. III. La spécialité exigée pour l'autorisation ne l'est pas également pour la procuration que le mari donnerait à sa femme. Là s'appliquerait purement et simplement la règle de l'article 1988. Mais l'effet de la procuration se bornerait aux affaires du mari, dont il est bien maître de confier la direction à qui bon lui semble, tandis qu'il ne peut déléguer à personne, ni par conséquent à la femme elle-même, la surveillance qu'il doit aux intérêts de celle-ci ; car ce serait déléguer l'exercice de la puissance maritale.

306 *bis*. IV. La procuration donnée à la femme, à l'effet d'obliger le mari, pourrait être tacite et résulter de l'habitude constante de faire par son entremise certaines affaires, *puta* les arrêtés de compte avec les fournisseurs de la maison; v. arrêt de la cour de Pau du 19 juillet 1825. — Pourvoi rejeté 14 février 1826 (1).

306 *bis*. V. La procuration donnée à la femme la rend certainement habile à obliger le mari par ses actes. Mais la femme, en usant de cette procuration, accepte un mandat qui, si l'acceptation est valable, la rend responsable envers le mari mandant (art. 1984, 1985, 1992). Or, la validité de l'acceptation doit résulter ici du consentement du mari, qui, en donnant ce mandat, consent spécialement à son acceptation. Il pourra donc y avoir pour la femme, dans la procuration générale, un danger du même genre que celui qui résulterait d'une autorisation générale de faire ses propres affaires ; car elle courra ainsi en définitive le risque d'affaires laissées pour leur conclusion à sa discrétion. Je doute cependant que cette considération pût suffire en principe pour affranchir la femme de la responsabilité, suite d'une obligation valablement contractée. Mais peut-être, suivant les cas, argumenterait-on de la protection que le mari doit à la femme, pour en conclure qu'il est en faute de l'avoir exposée par sa procuration au danger de cette responsabilité, et que

(1) J. du P., tom. 75, pag. 222. La doctrine est vraie ; toutefois, il faut bien reconnaître qu'elle n'est pas explicitement consacrée par l'arrêt de la cour de cassation, qui se décide, par d'autres motifs, pour valider l'obligation du mari.

dès lors il ne peut l'invoquer à son profit, ou du moins qu'il ne peut l'invoquer à la rigueur (v. ci-dessus n° 300 *bis*. XI).

307. Notre législateur tient tellement à ce que l'autorisation du mari soit donnée après examen et avec discernement, qu'il ne se contente pas, comme autrefois, de l'autorisation du mari mineur. La femme du mineur, comme celle de l'interdit, doit être autorisée par justice. V. art. 224.

307 *bis*. I. On se contentait autrefois de l'autorisation du mari mineur, la minorité ne faisant point obstacle à l'exercice de la puissance maritale. Le seul effet de la minorité du mari était d'ouvrir à celui-ci la voie de la restitution contre l'autorisation par lui donnée, quand l'acte de la femme lui était à lui-même préjudiciable, auquel cas la rescision de l'autorisation entraînait la nullité de l'acte. Mais, si cet acte ne portait aucun préjudice au mari, il n'y avait pas lieu à restitution, et la femme, supposée d'ailleurs capable, demeurait valablement obligée (1).

Le principe de cette doctrine, c'est que l'incapacité dont est frappée la femme mariée n'est qu'une conséquence de la soumission qu'elle doit à son mari, et que, sauf le respect de la puissance maritale, elle n'a pas, plus que la femme non mariée, droit à une protection particulière de la loi. Il paraît que notre législateur n'a pas complétement adopté cette idée, et qu'il fait résulter du mariage pour la femme un droit à la protection du mari, protection qui n'est pas entière si la volonté de celui-ci n'est pas suffisamment éclairée.

307 *bis*. II. Le mari mineur étant donc incapable d'autoriser, il y a lieu, comme dans les autres cas d'incapacité, de recourir à l'autorisation de justice. Quant à la forme à suivre pour obtenir cette autorisation, il faut appliquer par analogie les articles 863 et 864 du Code de procédure, qui règlent les cas d'absence et d'interdiction, et qu'il faudrait également étendre au cas de condamnation à une peine afflictive ou infamante. La loi, du reste, ne s'explique pas, comme elle le fait pour ce dernier cas, par l'article 221, sur la dispense d'entendre ou appeler le mari. Mais, comme elle ne s'explique pas non plus en sens contraire, et que les articles 219 et C. p., 860, 861 ne sont pas applicables, les juges pourront user, si bon leur semble, de ce moyen de s'éclairer, qui manquera toujours en cas

(1) V. Pothier, *Puiss. maritale*, nos 29 et 30.

d'absence et, le plus souvent, en cas d'interdiction, mais auquel je conseillerais toujours de recourir au cas de minorité.

307 *bis*. III. C'est pour la femme majeure, et lorsque son incapacité tient uniquement à l'état de femme mariée, que l'autorisation de justice suffit, à défaut de celle du mari, pour l'habiliter. Il est clair que, si elle est mineure ou interdite, elle reste d'ailleurs soumise aux règles ordinaires de la minorité ou de l'interdiction. Seulement il convient de faire entrer alors la puissance maritale comme élément dans le système de protection organisé pour ces genres d'incapacité. C'est ainsi que le mari est de plein droit tuteur de sa femme interdite (art. 506); il ne paraît pas moins raisonnable de confier à celui-ci la curatelle de la femme mineure. La loi pourtant ne l'a pas dit; mais, du moins, doit-on admettre sans hésiter que le mari tient lieu, en général, à la femme de curateur, en ce sens que son concours dans l'acte remplacerait pour elle l'assistance du curateur dans les divers cas où cette assistance est requise. C'est ce que suppose l'article 2208, qui permet de poursuivre l'expropriation contre la femme mineure quand son mari majeur consent à procéder avec elle. Que si le mari refuse son autorisation, ou s'il est incapable de la donner, il est bien toujours nécessaire de recourir à la justice pour suppléer à l'autorisation maritale; mais, outre l'autorisation de justice, il faut pourvoir la femme du genre spécial de protection applicable à son propre état d'incapacité. On peut encore à cet égard tirer argument de l'article 2208, qui fait nommer un tuteur à la femme mineure lorsque son mari lui-même est mineur ou qu'il refuse de l'assister. Seulement, il eût été plus conforme à la théorie générale de l'émancipation, suite nécessaire du mariage, de donner un curateur au lieu d'un tuteur; et c'est, je crois, ce qu'il faudrait faire hors le cas spécial de l'article 2208.

308. L'autorisation du mari ou de justice est requise à peine de nullité; mais cette nullité, fondée sur le mépris qu'on a fait de l'autorité maritale, ne peut, dans le droit actuel, être invoquée que par ceux dans l'intérêt desquels l'autorité est établie, c'est-à-dire par les époux, la loi ajoute, ou par leurs héritiers. V. art. 225 et 1125.

308 *bis*. I. C'est mal à propos que la loi comprend ici parmi les personnes qui peuvent demander la nullité les héritiers du mari

comme ceux de la femme ; car jamais les héritiers du mari n'auront, en cette seule qualité, intérêt, ni par conséquent droit de faire annuler les actes de la femme. Ils pourront, pour soustraire leur part de communauté à l'exécution des obligations de la femme, argumenter de l'absence du consentement du mari et du défaut de pouvoir de la femme pour engager la communauté sans ce consentement ; mais ils le pourraient quand même l'obligation ne serait pas nulle, *puta* si elle avait été contractée avec autorisation de justice (v. art. 1426). Quant à l'annulation des obligations de la femme, amenant affranchissement des biens de la femme, peu importe aux héritiers du mari, à moins qu'à quelque autre titre ils ne soient ayant-cause de la femme et ne succèdent à son action. Quant à l'action que la loi confère au mari comme protecteur de la femme, ils ne peuvent y succéder ; car elle repose uniquement sur la puissance maritale, qui ne se transmet pas aux héritiers. Cela est si vrai que le mari lui-même n'aurait plus cette action après la dissolution du mariage.

308 *bis*. II. La généralité des termes de l'article 225 semble comprendre dans sa disposition tous les actes de la femme non autorisée. Et, toutefois, il ne faut pas se presser d'en conclure que cette disposition s'appliquerait aux donations acceptées par la femme sans autorisation contre le prescrit de l'article 934. Selon moi, en effet, l'autorisation fait partie de la forme substantielle à laquelle les principes de la matière soumettent l'acceptation, et l'absence de cette forme constitue une nullité radicale (art. 932). Nous reviendrons sur ce point au titre *Des Donations*.

308 *bis*. III. Le principe introduit par l'article 225, et consacré de nouveau par l'article 1125, s'applique aussi bien au défaut d'autorisation pour ester en jugement qu'au défaut d'autorisation pour contracter. Ainsi, l'adversaire de la femme ne pourrait ni invoquer la nullité de la procédure pour défaut d'autorisation, ni attaquer pour cette cause le jugement qu'elle aurait obtenu ; mais, comme il importe à l'adversaire de la femme que le jugement à intervenir fasse loi pour l'une comme pour l'autre partie, et qu'il ne peut être forcé à former le contrat judiciaire avec un incapable, il peut nécessairement, sinon, comme le prétend Pigeau, demander la nullité de l'exploit signifié à la requête de la femme non autorisée (1), au

(1) V. Pigeau, liv. II, part. II, tit. I, ch. I, sect. 2, § 3, I.

moins demander qu'il soit sursis jusqu'à ce que la femme se soit fait autoriser. Ce serait là, du reste, à mon avis, une exception dilatoire qui devrait être proposée avant les moyens du fond (v. C. pr., art. 186). Autrement, la défense au fond formerait le contrat, et l'article 1125 deviendrait applicable.

308 *bis*. IV. La nullité ne peut être appliquée aux jugements que par l'emploi d'une des voies établies pour les attaquer. A cet effet le mari aura ici la voie de la tierce opposition, dont l'exercice n'est limité à aucun délai. Quant à la femme, elle pourra agir, suivant les cas, par opposition, appel, requête civile ou cassation. Or, toutes ces voies sont soumises à des délais de rigueur. Mais, comme il faut pour faire courir ces délais une signification régulière, et que la signification faite à la femme seule pendant le mariage ne me paraît pas telle (1), je n'hésite pas à conclure qu'elle ne fera pas courir les délais : *secus* si la signification est faite au mari et à la femme, quoique le mari n'ait pas été en cause, ou si l'on signifie à la femme devenue veuve ou à ses héritiers. Au reste, dans les cas même où l'absence de signification régulière laisserait subsister la faculté de se pourvoir par l'une de ces voies, il est clair qu'on ne se pourvoira utilement pour cette cause qu'autant que la nullité ne sera pas couverte par l'expiration du délai de l'article 1304.

309. La nécessité de l'autorisation n'étant, comme on l'a vu, fondée que sur la puissance maritale, elle n'a pas d'application au testament, parce qu'alors la femme dispose pour le temps où cette puissance n'existera plus. V. art. 226.

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

310. Le mariage se dissout évidemment par la mort naturelle de l'un des époux. C'est, selon moi, la seule cause de dissolution admise par le droit naturel.

En outre, le Code civil admettait comme cause de dissolu-

(1) Exceptez-en le cas d'incapacité du mari si la femme a été dûment interpellée de se faire autoriser (v. ci-dessus n° 301 *bis*. IV et V.

tion pendant la vie des époux le divorce légalement prononcé. Mais cette cause de dissolution, de pur droit civil, et inconnue en France jusqu'en 1792, a cessé depuis la loi du 8 mai 1816 (1), qui déclare le divorce aboli.

Enfin nous avons déjà vu que la loi attribue à la mort civile l'effet de dissoudre le mariage *quant à ses effets civils* (art. 25, al. 8; v. ci-dessus n° 55). C'est là, sans aucun doute, ce qu'elle entend rappeler ici en indiquant comme cause de dissolution la *condamnation* à une peine emportant mort civile. Il est, du reste, à remarquer qu'elle n'attribue cet effet qu'à la condamnation *devenue définitive*. V. art. 227.

310 *bis*. I. Ce n'est point ici le lieu de porter un jugement sur l'institution du divorce au point de vue moral et politique. Il existe malheureusement sur ce point des dissentiments que l'expérience des temps passés n'a pu parvenir à faire cesser. L'explication du titre suivant me fournira l'occasion d'exposer à cet égard ma doctrine et de justifier ma profonde antipathie pour ce funeste remède à des maux dont je ne puis pourtant me dissimuler la gravité. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'intention du législateur de 1816, en abolissant le divorce, fut de rentrer dans le principe chrétien de l'indissolubilité du mariage pendant la vie des deux époux, et de faire triompher, même dans le for extérieur, la maxime évangélique : *Quod Deus conjunxit homo non separet*. A ce point de vue, il y a lieu de s'étonner que la dissolution du mariage par la mort civile n'ait pas été comprise dans la même abolition. Toutefois, la mort civile formant dans le Code une cause de dissolution distincte du divorce qui seul est aboli, les termes de la loi ne suffisent pas pour amener ce résultat (v. ci-dessus n° 55 *bis*. V).

310 *bis*. II. C'est la mort civile, suite de la condamnation exécutée, et non pas la condamnation elle-même, qui produit la dissolution (art. 25-al. 8, 26 et 27). Cependant, c'est à la condamnation que l'article 227 semble attribuer cet effet. Tout se concilie en disant qu'on entend parler d'une condamnation exécutée. Mais la loi ajoute que la condamnation doit être devenue définitive : ce qui allait sans dire pour la condamnation contradictoire; car elle ne s'exécute réel-

(1) VII, B. 84. n° 645.

lement ou par effigie qu'après l'expiration du délai pour le pourvoi en cassation ou après le rejet de ce pourvoi (v. C. instr. crim., art. 373, 375). Au contraire, la condamnation par contumace s'exécute par effigie avant de devenir définitive (v. C. instr. cr., art. 472). Mais comme la mort civile, vraie cause de la dissolution du mariage (C. civ., art. 25-al. 8), ne suit pas immédiatement cette exécution (v. C. civ., art. 27), il est bien clair que le mariage n'est pas dissous avant l'expiration des cinq ans. C'est peut-être tout ce que la loi veut dire en exigeant que la condamnation soit devenue définitive. On eût pu, il est vrai, exprimer la pensée plus simplement et plus clairement en se bornant à répéter ici la disposition de l'article 25, et à indiquer comme cause de dissolution, non pas la condamnation, mais la mort civile, ce qui amenait naturellement l'application des articles 26 et 27. Mais l'embarras de la rédaction, empruntée ici au projet de Code (1), peut tenir à ce qu'on n'avait pas d'abord admis le principe qui suspend la mort civile pendant un certain temps après l'exécution par effigie de la condamnation par contumace : la pensée primitive était de laisser dans l'incertitude l'état du condamné pendant le délai prescrit pour purger la contumace (2); si bien que la mort civile fût encourue du jour de l'exécution s'il ne se représentait pas, et ne le fût dans le cas contraire qu'en vertu du nouveau jugement s'il y avait lieu (3). Mais, l'état de mariage n'admettant pas d'incertitude, la dissolution devait, dans ce système, être différée à tout événement jusqu'à ce que la condamnation fût devenue définitive. Plus tard, après de longues et obscures discussions, le Code civil introduisit le délai de cinq ans, non pas comme terme fatal pour priver le condamné du bénéfice d'un nouveau jugement, mais comme faisant encourir à tout événement la mort civile qui dès lors ne peut plus cesser que pour l'avenir. Sous ce rapport donc, on peut dire que la condamnation devient définitive pour dissoudre le mariage, puisqu'elle produit la mort civile à laquelle l'article 25 attache cet effet.

Telle est l'opinion la plus généralement admise, et je conviens qu'elle n'est pas dépourvue de vraisemblance. Et toutefois comme le

(1) Projet de la commission du gouvernement, liv. I, tit. IV, art. 75 (Fenet, tom. 2, pag. 51).

(2) C'est-à-dire, suivant la législation d'alors, pendant le temps requis pour la prescription de la peine (Cod. du 3 brum. an IV, art. 480, 481).

(3) V. Projet de la commission, liv. I, tit. I, art. 26-28 (Fenet, tom. 2, pag. 12).

principe de dissolution du mariage par la mort civile est purement arbitraire, qu'il ne se justifie pas en morale (1), qu'il est sous ce rapport plus odieux que le divorce, à cause de la violence qu'il fait à la volonté des deux parties, je ne serais pas surpris que cet effet exorbitant n'eût été attribué par la loi qu'à une mort civile définitive. Or, la mort civile, après les cinq ans, n'a pas ce caractère, puisqu'elle peut cesser pour l'avenir (v. art. 30). Cela posé, trouvant dans les termes de l'article 227, postérieur après tout à l'article 25, la nécessité d'une condamnation définitive, je crois, avec MM. Delvincourt et Duranton (2), que la dissolution du mariage ne s'opérera par la mort civile qu'autant que la condamnation qui produit cette mort sera devenue irrévocable par l'expiration du délai accordé au condamné pour purger la contumace, c'est-à-dire par l'expiration des vingt ans qui opèrent la prescription de la peine (v. C. instr. crim., art. 476, 635, 641; v. dans ce sens arrêt de la cour d'Angers, 21 août 1840) (3).

CHAPITRE VIII.

DES SECONDS MARIAGES.

311. La dissolution du mariage rend à l'époux survivant sa liberté ; cependant des raisons d'honnêteté publique, et surtout la nécessité de ne pas laisser la paternité incertaine relativement aux enfants qui pourraient naître dans les premiers mois du second mariage, ont fait établir pour les femmes la défense de se remarier avant dix mois. V. art. 228, 296 ; C. pén., art. 194.

311 *bis*. I. La règle de l'article 228 n'est établie que pour les cas de dissolution du mariage; il est clair qu'elle les embrasse tous : c'est donc surabondamment qu'elle se trouvait répétée pour le cas de divorce par l'article 296. Aucun texte, au contraire, ne l'applique au cas de nullité du mariage, et néanmoins l'identité de motifs

(1) V. ci-dessus n° 55 *bis*. II.
(2) Delv., t. 1, pag. 92, n. 13; M. Duranton, tom. 1, n° 253; v. ci-dessus n° 63 *bis*. V.
(3) J. P., t. 115, p, 267.

semble prescrire cette application (v. dans ce sens arrêt de Trèves 30 avril 1806) (1). Cette doctrine paraît surtout incontestable si le mariage nul, ayant été contracté de bonne foi, produit des effets civils (art. 201, 202); car le mariage putatif pouvant, comme le mariage véritable, servir de base à la présomption de paternité, il importe de laisser à cette présomption toute son intégrité : d'ailleurs l'empêchement dont il s'agit peut lui-même être considéré comme un des effets civils réservés. Au cas contraire, l'observation de la règle serait toujours désirable, car l'existence de fait qu'a eue le mariage nul peut encore, selon moi, servir de base à la présomption de paternité, qui devrait seulement s'appliquer alors avec moins de rigueur. Toutefois, je crois que la question devrait dépendre des circonstances, et que les tribunaux pourraient, suivant les cas, ordonner l'observation du délai ou permettre de passer outre. Mais, hors les cas des articles 201 et 202, je n'admettrais jamais comme effet du mariage nul l'application de la peine portée par l'article 194 du Code pénal; car, en matière pénale, il faut se tenir strictement dans les termes de la loi.

311 *bis*. II. Le motif principal du délai de dix mois étant certainement la crainte de la confusion de *part*, et ce motif cessant par l'accouchement de la femme dans ce délai, il semble que l'empêchement alors devrait cesser. C'est en effet ce qu'admettait le jurisconsulte romain (v. *Ulp.*, L. 11, §§ 1 et 2, ff. *De his qui not. inf.*). Mais le motif de décence publique subsistant toujours, et la loi, après tout, ne distinguant pas, je n'admettrais point cette exception.

311 *bis*. III. L'infraction à la règle de l'article 228 n'entraînerait certainement pas nullité du mariage. Il est évident en effet qu'elle n'en détruit pas l'essence. Il est vrai que la loi est conçue en termes prohibitifs. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour constituer indistinctement une nullité. La preuve, au reste, que le législateur n'a pas voulu établir celle-ci, se tire du silence qu'il a gardé à cet égard au chapitre IV, siége de la matière (v. au surplus ci-dessus n° 260 *bis*. IV).

311 *bis*. IV. Le mariage contracté avant les dix mois, n'étant pas nul, pourrait dès lors donner lieu à l'application de la présomption de paternité fondée sur les articles 312 et 314. La combinaison de

(1) J. P., tom. 15, pag. 60.

cette présomption avec la règle de l'article 315 rendrait nécessairement incertaine la filiation de l'enfant qui naîtrait pendant le second mariage dans les trois cents jours de la dissolution du premier. La question à cet égard devra, je crois, se juger diversement, suivant les circonstances. Je m'expliquerai plus en détail sur ce point au titre *De la Paternité et de la Filiation.*

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

INTRODUCTION.

TITRE UNIQUE.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

LIVRE PREMIER.

TITRE PREMIER.

TITRE DEUXIÈME.

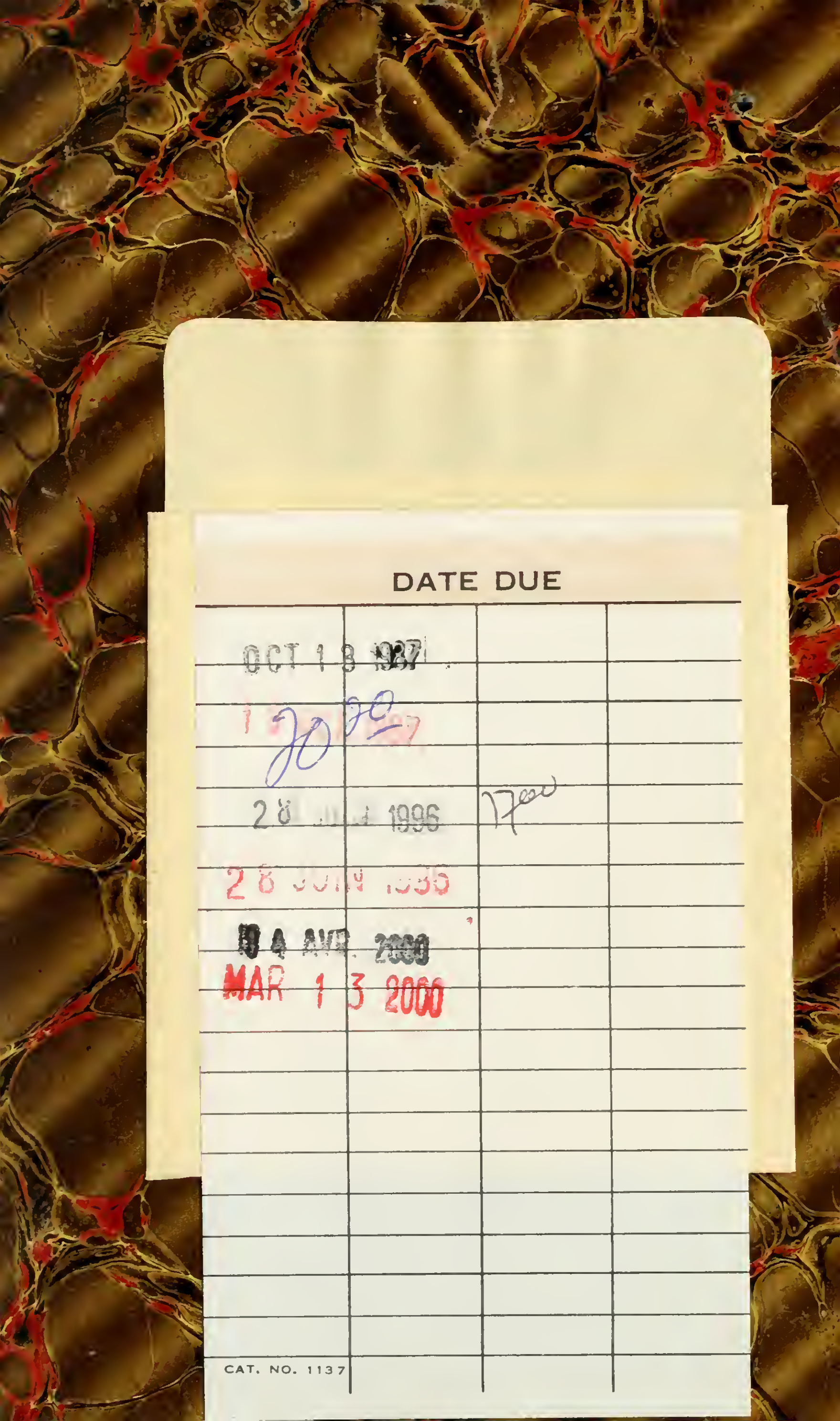
TITRE TROISIÈME.

TITRE QUATRIÈME.

TITRE CINQUIÈME.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME PREMIER.


a39003 008534884b



DATE DUE
CAT. NO. 1137

